DIE VERFÜGUNG ÜBER DEN MITERBENANTEIL,
ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR WESENSBESTIMMUNG DER ERBBERECHTIGUNG, DER ERBSCHAFT UND DES ERBTEILS.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER

JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT

ZU

FREIBURG IM BREISGAU

VON

DAVID JWENSKY

AUS

KOWNA (RUSSLAND).

ACAD. LEGUM BIBL.

Druck- und Verlags-Gesellschaft vorm. Dölter, Emmendingen,
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Freiburg i. Br.

Dekan:	Referent:
Geheimrat Professor Dr. Otto Lenel.	**Professor Dr. Alfred Schultze.**

Meinem Vater!

Inhalt.

I. Kap. Das Vermögen.

§ 1. Der Vermögensbegriff im Allgemeinen . . . S. 13
I. Definitionen in der Literatur. — II. Sachen keine Bestandteile des Vermögens. Begriff der Erbschaft im § 2018 BGB. — III. Geldwertigkeit oder Uebertragbarkeit als Begriffsmerkmal des Vermögensrechts.

§ 2. Das Vermögen im BGB. . . . . S. 21
Verschiedenheit des Wortgebrauchs. Vermögen im Strafrecht u. a. — Vermögen beim Schadensersatz; im § 419 BGB.; beim Niessbrauch; Zugehörigkeit der Schulden zum Vermögen. — Das Vermögen als Rechtseinheit.

§ 3. Der Vermögensbegriff im Erbrecht . . . . S. 29
Erbschaft und Nachlass. — Nachlass als Activa. — Nettovermögen. — Gesamtheit der Rechtsbeziehungen des Verstorbenen.

II. Kap. Die Gesamthand.

§ 4. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand . . . S. 35
I. Verschiedene Theorien: Gierke, Binder, Sohm. II. Widerlegung der atomistischen Theorie.

§ 5. Anteile an Einzelgegenständen . . . . . S. 47
I. Sohms Beweise für ihr Bestehen. II. Unfruchtbarkeit dieses Begriffs. — Die Gesamthand und §§ 932 ff. BGB.

§ 6. Anteil am Ganzen . . . . . S. 55
I. Das Vermögen als universitas juris im BGB. II. Der Anteil und das Personenrecht.

III. Kap. Das Erbrecht.

§ 7. Das Erbrecht im subjectiven Sinn . . . . S. 67
I. Definitionen in der Literatur. II. Ihre Kritik. III. Verschiedene Erbrechtsbegriffe im BGB. Erbrecht vor Ausschlagung. Künftiges Erbrecht. Recht des Nacherben.

§ 8. Erbrecht und Erbschaft . . . . . S. 76
I. Uebergang der erblasserischen Rechts-

beziehungen auf den Erben. II. Scheidung zwischen Erbrecht und Recht am Nachlass.

§ 9. Rechtsstellung des Erben . . . . . S. 83
I. Uebergang des Rechts am Nachlass. II. Rechtsstellung des Erben zu beiden Erbschaften. III. Ausschlagungsrecht.

§ 10. Rechtsfolgen aus dem Erbrecht . . . . . S. 99

IV. Kap. Verfügungen über den Anteil am Nachlass.

§ 11. Der Kaufvertrag . . . . . S. 103
I. Zusammenhang zwischen §§ 2033 u. 2371 ff. II. Inhalt des obligatorischen Geschäfts.

§ 12. Veräusserung des Erbrechts . . . . . S. 108
I. Verfügung über die Summe der Anteile an Einzelgegenständen. II. Verfügung über das Erbrecht — Binders Begründung und ihre Kritik. — Der Erbschaftskauf im preuss. ALR. III. Endemanns Begründung. IV. Folgen aus dieser Theorie, ihre Ablehnung. — Strohals Gründe gegen Binder.

§ 13. Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsergebnis . . . . . S. 123
I. Wendts Ausführungen und ihre Kritik. II. Möglichkeit der Abtretung dieses Anspruches und ihre Folgen. — Entscheidung des R.-G., Bd. 60, S. 126.

§ 14. Veräusserung des Anteils am Nachlass . . S. 127
I. Verfügung über das Herrschaftsrecht am Vermögen. II. Anwendbarkeit der §§ 2371 ff. III. Rechtsstellung des Erben und des Erwerbers nach der Uebertragung. IV. Rechtsverhältnisse zu den Miterben. Vorkaufsrecht. V. Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten.

§ 15. Besondere Fälle und andere Verfügungen über den Anteil . . . . . S. 146
I. Veräusserung der Erbschaft nach §§ 2033 durch den Alleinerben. II. Durch Erben des Erben. III. Durch den ausgleichungsberechtigten Erben im Fall des § 2056. IV. Veräusserung bei Nacherbfolge. V. Veräusserung der ganzen Erbschaft oder des Anteils an mehrere Käufer. VI. Niessbrauch und Pfandrecht am Erbteil.

§ 16. Rückblick. S. 164

Literaturverzeichnis.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1880.

Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im BGB., Marburg, 1905.

Biermann, Bürgerliches Recht, B. I, Berlin 1908.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB., I—III, Leipzig 1901—1905.

Binder, Der Gegenstand, in der Zeitschrift für Handelsrecht B. 59, S. 1 ff.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, 2. A., Leipzig 1902.

Boehm, Das Erbrecht, 2. A., Hannover 1900.

Conrades, Die Pfändung eines Anteils usw., Deutsche Juristenzeitung, 1903, S. 310.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. A., Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, B. I, Tübingen 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, B. I 3. A., B. II 3. A., III 4. A., V 2. A., Halle.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, 3. A., B. I—III, Halle 1884.

Eccius, Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, Gruchots Beiträge, B. 43, Berlin 1899.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB., III. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, B. I 9. A., 1903, B. III 3.—5. A., Berlin 1899.

Endemann, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteils und sein Recht auf Erteilung eines Erbscheins· Jur. Wochenschrift 1910, No. 3.

Engels, Bedarf der Erbschaftskäufer usw. in Johows Jahrbuch für endgültige Entscheidungen usw., B. 7, S. 358.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. A., Marburg 1901.

Fischer, H. A., Der Schaden nach dem BGB. für das D. R., Jena 1904 (in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess, B. XI).

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 4. A., Berlin 1893.

Frommhold, Kommentar zum BGB., Erbrecht, Berlin 1900.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 8. A., Berlin 1909.

Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, B. I 1895, B. II 1905, Leipzig.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. A., Berlin 1902.

Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht im Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, B. XIX.

Grohmann, in Lobes Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, III, 821 ff. (Ueber Pfändung des Anteils usw.).

Hamburger, (über Pfändung des Anteils usw.) in Gruchots Beiträgen, 48, S. 58 ff.

Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch (Vorträge), 2. A., Mannheim 1900.

Hedemann, Zivilistische Rundschau im Archiv für bürgerl. Recht, 31, 322 ff.

Hegler, Betrug in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausserdeutschen Strafrechts", Bes. T., B. VII.

Helfferich, Das Geld, Leipzig 1903 (Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaft).

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900 (Fischers Abhandlungen V).

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, B. I, Leipzig 1855.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs, Berlin 1898.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. A., Berlin 1904.

Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum, Z. f. Handelsrecht, B. 49 u. 51.

Josef, Verfügungen über Erbschaftsanteile, im Archiv für civilistische Praxis, B. 99, S. 315 ff.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft, Jena 1901 (Fischers Abhandlungen VII).

Knoke, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem BGB., Archiv für bürgerl. R., XX, S. 170 ff.

Knitschky, Erbschaft und Erbteil im Archiv für civilist. Praxis, B. 91.

Koch, Kommentar zum allgem. Landrecht, 6. A., B. I, 1878.

Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, Archiv für bürgerl. Recht, XXII, S. 1 ff.

Kress, Die Erbengemeinschaft nach dem BGB., Jena 1903 (Fischers Abhandlungen, B. X).

Küntzel, Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht, Gruchots Beiträge, 41, 583 ff. und 808 ff.

Landsberg, Das Recht des BGB., Berlin 1904.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB., Leipzig 1903.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1908.

Lenel, Zum Begriff der unerlaubten Handlung im BGB., DJZ., 1897, 409 ff.

Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900.

Meyer, Zur Lehre vom Vorkaufsrechte der Miterben usw., Gruchots Beiträge, B. 51.

Mothes, (Ueber Verpfändung des Anteils) in Lobes Centralblatt II, 866.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, sächsisches Archiv für bürgerl. Recht und Prozess, B. X, S. 695 ff.

Oertmann, Kommentar zum BGB., allgem. Teil, 2. A., Berlin 1909, Recht der Schuldverhältnisse, 2. A., Berlin 1906.

Planck u. Genossen, Kommentar zum BGB., 3. A., Berlin 1903—1908.

Pringsheim, Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils, Dissertation, Breslau 1906.

Scherer, (Ueber Verpfändung des Anteils) in Lobes Centralblatt, II 697 u. III 213.

Schmale, über dasselbe, im Centralblatt, B. IV, 179 ff. u. V, 366.

Schmidt, B. A., Kommentar zum BGB., Familienrecht, München 1907.

Schultze, Alfred, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbücher, B. 43, S. 1 ff.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerl. Rechts, in der Festgabe der Berliner Juristischen Gesellschaft für R. Koch, 1903.

Sohm (I), Der Gegenstand, Leipzig 1905.

Sohm (II), Vermögensrecht, Gegenstand und Verfügung, A. f. b. R., 28, 173 ff.

Sohm (III), Noch einmal der Gegenstand, Iherings Jahrbücher. B. 53.

Staub, Kommentar z. Handelsgesetzbuch, 8. A., Berlin 1906.

Staudinger u. Genossen, Kommentar zum BGB., 3./4. A., München 1907—1909.

Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. A., Berlin 1903, 1904, 2 Bde.

Stowasser, Die Verfügung über Miterbenanteile nach § 2033 BGB., Dissertation, Leipzig 1908.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, B. I, 3. A., Paderborn 1906.

Unger, Oesterreichisches Erbrecht, Leipzig 1879.

Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile, Archiv für civil. Praxis, 89.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. A., B. 3, Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, Martin, Der Mitbesitz nach dem Rechte des BGB., Iherings Jahrbücher, B. 44.

Den Gegenstand dieser Arbeit bildet die Verfügung des Miterben über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Nachlass (§ 2033 BGB.). Es sollten die verschiedenen Ansichten über die rechtliche Natur dieser Verfügung zusammengestellt und kritisch untersucht werden. Dabei zeigte sich aber, dass die Meinungsverschiedenheiten tiefere Wurzeln haben, nämlich in der Uneinigkeit über das Wesen der Gesamthand und des gemeinschaftlichen Vermögens, sowie in voller Unklarheit über den Erbrechtsbegriff. So ergab sich aus dem Problem die Erweiterung und Zergliederung der Arbeit in 4 Kapitel: über den Nachlass, die Gesamthandgemeinschaft, das Erbrecht und dann erst über die Verfügung des Miterben über seinen Anteil.

I. Kap. Das Vermögen.

§. 1. Der Vermögensbegriff im allgemeinen.

I. Nach der gesetzlichen Definition des § 1922 BGB. ist Erbschaft das Vermögen eines Verstorbenen. Gegenstand des Erbschaftskaufs ist also das Vermögen oder, beim Verkauf des Erbteils, die Vermögensquote. Was aber das Vermögen ist, aus welchen Bestandteilen es sich zusammensetzt, ist in der Wissenschaft sehr bestritten, während die Gesetze selbst keine Definition enthalten. Die Streitpunkte sind:

1. Gehören zum Vermögen neben den Rechten auch Sachen?

2. Welche Rechte bilden das Vermögen: nur geldwerte oder auch andere?

3. Umfasst es ausser den Rechten auch die sogen. Rechtspositionen, wie Besitz, condicio usucapiendi u. dgl.?

4. Gehören zu ihm neben den Aktiven auch die Passiva-Schulden, Verbindlichkeiten aller Art?

Die Definitionen widersprechen sich oft bei demselben Schriftsteller; so sagt Dernburg[1]: „Unter Vermögen sind die geldwerten Güter einer Person zu verstehen." (B. I, S. 355.) Dann aber heisst es: die universitas juris „ist ein Inbegriff von Sachen, Rechten und Pflichten. Solcherart ist das Gesamtvermögen eines Menschen, insb. auch seine Erbschaft, sowie Sondervermögen" (III, S. 8). In seinem Erbrecht schliesst er dagegen die Pflichten aus dem Vermögen aus (V §§ 8 (Anm. 3) u. 125). Als „Inbegriffe von Rechten und Sachen" definiert auch Riezler die Erbschaft, das Vermögen[2]). Gegen die Gleichstellung der Sachen mit den Rechten ist Planck[3]): „Nicht einen

[1]) Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preussens.

[2]) Bei Staudinger, Kommentar zum BGB., 3./4. A., I, S. 280 bis 282.

[3]) Kommentar zum BGB., I, S. 161.

Inbegriff von Sachen, sondern einen Inbegriff von Rechten bildet das Vermögen des Menschen."

Die Geldwertigkeit der Vermögensrechte behaupten, im Anschluss an das gemeine Recht[1]), Crome[2]): „Vermögen ist also der Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person" (I, S. 170 ff.), Dernburg (a. a. O.), auch Landsberg[3]): „Vermögensrechte sind alle diejenigen, welche sich auf Güter der Aussenwelt von wirtschaftlicher Art beziehen. Wirtschaftliche Güter sind Güter, die einen Geldwert haben" u. a. m., während Enneccerus[4]), Leonhard[5]), Sohm[6]) das Erfordernis der Geldwertigkeit bestreiten, wobei Leonhard infolge des § 241 BGB. auf positive Begrenzung des Begriffs verzichtet. Biermann[7]) ersetzt die geldwerten Güter durch „Rechte, die dem Gebiete des wirtschaftlichen Lebens angehören".

Für die meisten ist Vermögen — Summe der Aktiva und Passiva, so z. B. Oertmann[8]) unter Berufung auf den Erbgang und Schuldenhaftung nach § 1459 BGB., Crome (I, S. 171: „Denn nur unter vergleichender Gegenüberstellung der geldwerten Rechte und Pflichten lässt sich ersehen, was die Person wirtschaftlich vermag —. Alles zusammen — bildet ihr Vermögen"), wogegen viele Schriftsteller unter Erbschaft nur die Aktiva, nicht auch die Gesamtheit der Pflichten verstehen, worüber näher unten.

Die weitgehendste Definition gibt Endemann[9]): „Der

---

[1]) z. B. Bekker, System des heut. Pandektenrechts, I, S 137: „Vermögen ist ein Komplex von geldwerten Rechten"; Regelsberger, Pandekten, I, 361 ff.: Vermögen „bezeichnet den Inbegriff von in Geld anschlagbaren Rechtsverhältnissen".

[2]) System des deutschen bürgerlichen Rechts,

[3]) Das Recht des BGB., I, S. 61.

[4]) Das bürgerliche Recht, I, S. 120, Anm. 6.

[5]) Der allgemeine Teil des BGB., S. 152 ff.

[6]) Der Gegenstand.

[7]) Bürgerliches Recht, I, S. 103 u. 372 ff.

[8]) Kommentar zum Allgem. Teil des BGB., S. 242 ff.

[9]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I, S. 229, Anm. 14 u. III, S. 663.

Vermögensbegriff, sogen. Universitas juris, beruht auf der rechtlichen Vereinigung aller (?!) einer Person zustehenden Rechte und Verpflichtungen.'

II. Zunächst ist die Gleichstellung von Sachen und Rechten, wie sie in den oben angeführten Definitionen geschieht, unrichtig. Nicht die Sachen, sondern das Eigentum an ihnen ist Bestandteil des juristischen Vermögens. Anders freilich, das wirtschaftliche Vermögen, bei diesem kommt es nicht auf die Rechte, sondern auf die tatsächlich beherrschten Produktivkräfte an — auch die Arbeitskraft des Subjekts des juristischen Vermögens gehört zu seinem wirtschaftlichen Vermögen! Aber, „das Vermögen, das der Jurist von Erbschaft, Konkurs usw. her kennt, setzt sich zusammen ausschliesslich aus Rechten gewisser Art. Es schliesst alle Sachen von sich aus. Die Sache, körperliche oder unkörperliche, ist Objekt von Rechten, die ins Vermögen gehören, aber selber kein Vermögensstück" (Bekker, Pandekten, I, S. 139 f.). Deshalb ist auch die Bezeichnung des Vermögens als „Inbegriff von geldwerten Gütern" unkorrekt. Das Vermögen kann nur aus Rechten — dinglichen, absoluten, obligatorischen — bestehen. Freilich hat sich auch das Gesetz die Ausdrucksweise angeeignet, wonach Eigentum mit der Sache selbst identifiziert wird, und spricht, z. B., von den „zum Vorbehaltsgut gehörenden Sachen" statt des korrekten aber weitläufigen Ausdrucks: „Eigentum an den Sachen" (§ 1366 BGB. u. a. m.). Doch kann diese Unklarheit zu sachlichen Irrtümern führen. So behauptet Binder[1]) im Anschluss an Leonhard (Erbschaftsbesitz, S. 13 ff.), in §§ 2018 ff. sei der Begriff der Erbschaft weiter, als in § 1922 und überhaupt im V. Buch des BGB.; die Erbschaft umfasse hier nämlich auch die bloss besessenen Sachen, res quae in hereditate sunt, während zu ihr sonst nur die res hereditariae gehören;

[1]) Rechtsstellung des Erben, I, 49 ff.

die Hereinziehung dieses weiteren Erbschaftsbegriffs in §§ 1922 führe zu unerträglichen Konsequenzen. „Man braucht dabei nur an die Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten zu denken“ (S. 51). Er meint also, dass die bloss besessenen, fremden Sachen für die Nachlassschulden haften würden. Zum Vermögen gehören aber nicht Sachen, sondern Rechte an ihnen; bei den res hereditariae ist es Eigentum, bei den res quae in hereditate sunt, ist es das betreffende dingliche bezw. obligatorische Recht, z. B. Pfandrecht, Recht des Mieters auf den Besitz der gemieteten Sache (welches zweifellos auf den Erben übergeht), und es ist ohne weiteres klar, dass auch diese Rechte für die Nachlassverbindlichkeiten haften; so können die Gläubiger Vollstreckung in das durch Pfand gesicherte Forderungsrecht betreiben, oder nach § 857 CPO. die Vollstreckung in das Recht aus dem Mietvertrage bewirken usw. Selbstverständlich bleibt dabei die Sache, d. h. das Eigentum an ihr, dem Berechtigten erhalten. Der Begriff der Erbschaft ist somit in § 2018 ff. der gleiche wie in § 1922: die Erbschaft besteht aus Rechten und nicht aus Sachen, einerlei, ob sie zu Eigentum gehören (res hereditariae) oder dem Erblasser auf Grund anderen Rechts zustanden (res quae in hereditate sunt)[1])

III. Welche Rechte bilden ein Vermögen? Endemanns Behauptung, zum Vermögen gehörten alle Rechte,

[1]) Eigentümlich ist die Lage der ohne Recht besessenen Sachen, welche sich im Ersitzungsbezitz des Erben befinden. Solange er sich für den wahren Eigentümer hält und als solcher von Dritten anerkannt wird, gehören diese Sachen zum Nachlass, haften für die Nachlassverbindkeiten und können nach §§ 2018 oder 2029 vom Erbschaftsbesitzer herausgefordert werden; dabei kommt nach der Ansicht der Beteiligten das Eigentum an diesen Sachen in Frage, während objektiv nur die condicio usucapiendi zum Nachlass gehört, für die Schulden haftet usw. — Mit Eintritt der mala fides wird die Ersitzung ausgeschlossen (§ 937), die Sachen gehören nicht mehr zum Nachlass und können nicht mit der Erbschaftsklage beansprucht werden. Dem Erben steht nur die Klage aus dem früheren Besitz (vgl. § 857) offen — § 1007.

ist doch nur ein unglücklicher Ausdruck: niemand wird behaupten wollen, dass das Recht des Ehegatten auf Scheidung oder des Ehemanns auf Bestimmung des ehelichen Wohnsitzes, oder des Erblassers auf exheredatio bona mente usw. alle zum Vermögen gehören.

Gewöhnlich werden die Vermögensrechte als geldwerte Rechte definiert. Diese Definition trifft in vielen sehr wichtigen Fällen zu (so, z. B., in der Lehre von der Zwangsvollstreckung), in anderen aber nicht.

Der namentlich von Leonhard (a. a. O.) dagegen erhobene Einwand besteht darin, dass das BGB. auch Leistungen ohne Geldwert anerkennt. Das ist richtig, doch könnte darauf erwidert werden, dass diese Leistungen und das Recht auf sie, eben weil sie nicht in Geld abschätzbar sind, auch nicht zum Vermögen gehören. Hat sich z. B. A verpflichtet, dem B monatlich über das Studium dessen Sohnes zu berichten, so ist es ein Auftrag nach § 662 BGB., es wird aber jedem einleuchten, dass dieses weder übertragbare, noch vererbliche Recht nicht zum Vermögen des B gehört[1]).

Es ist aber gar nicht klar, was unter „Geldwert" zu verstehen ist? Geld ist nicht nur juristischer, sondern auch ökonomischer Begriff. Sollten die Vermögensrechte „geldwerte" im ökonomischen Sinn sein, so ist der Grundbegriff des Privatrechts kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher; das wäre in speziellen Fällen zulässig, z. B. bei Abschätzung des Vermögensschadens, nicht aber in einer grundlegenden Definition. Dabei ist „Geld" und noch mehr „Wert" der dunkelste Punkt der Volkswirtschaftslehre, und es wäre bedenklich, diese unbe-

[1]) Landsberg (I, S. 61 ff.) meint, dass der § 241 BGB. wie alles nur cum grano salis zu verstehen sei, so dass schliesslich doch die Leistung einen Geldwert hat. Auch sei es nicht erforderlich, dass das Recht („das Gut") in concreto einen Geldwert habe, wenn nur diese Rechte ihrer Art nach eines solchen fähig sind.

stimmten, bestrittenen Begriffe zur Grundlage des Zivilrechts zu machen (vgl. Binding, Lehrbuch des Strafrechts, besonderer Teil, I, 237 ff.). Noch schlimmer ist es, wenn man das Vermögen aus Rechten, „die dem Gebiete des wirtschaftlichen Lebens angehören", zusammensetzt. (Biermann, a. a. O.). Was ist denn das wirtschaftliche Leben? Solche Definitionen sind unzulässig, sie nützen uns gar nichts.[1])

Also können es nur „geldwerte" im juristischen Sinn, „in Geld abschätzbare" Rechte sein, m. a. Worten Vermögensrechte sind solche Rechte, die für Geld erworben oder veräussert werden können. Dann gehört aber zum Begriff des Vermögensrechts nicht nur, dass es für Geld, sondert dass es auch erworben oder veräussert, d. h. übertragen werden kann. Prüfen wir aber diese Definition näher: Geld im Rechtssinne ist eine mit besonderen Eigenschaften ausgestattete Sache[2]), mithin Objekt von Rechten, die am Gelde, wie anderen Sachen bestehen können. Wird etwas für Geld erworben, so überträgt der Erwerber dem Veräusserer das Eigentum, also ein Vermögensrecht, am Gelde. Obige Definition bedeutet daher: „Vermögensrechte sind Rechte, die gegen Uebertragung des Vermögensrechts „Eigentum" am Geld erworben oder veräussert werden können," ein circulus vitiosus! So ist dieser Begriff des Vermögens: Inbegriff von geldwerten Rechten ganz verfehlt!

---

[1]) Dazu gehört auch Hellwigs Definition: „Vermögensrechte sind solche, welche Vermögenswert haben". (Wesen usw. der Rechtskraft, S. 311).

[2]) Nach Helfferich, Das Geld, S. 274 ist Geld im Rechtssinne „die Gesamtheit derjenigen Gegenstände, die von der Rechtsordnung in der ordentlichen Bestimmung, die Uebertragung von Vermögenswerten von Person zu Person zu vermitteln, anerkannt sind." Auch hier wird die Uebertragbarkeit der Vermögensrechte (bei ihm -Werte) vorausgesetzt und können nach dieser Definition die Vermögenswerte (-Rechte) nicht wiederum durch das Geld bestimmt werden.

Eine andere Definition der Vermögensrechte versucht Sohm[1]) aufzustellen. Ausgehend von dem Begriff des Gegenstandes sagt er: „Die rechtliche Eigenart der Vermögensrechte beruht darin, dass sie Gegenstände sind." (I. S. 22.) „Das Wesen des Vermögensrechts ist Verfügungsgegenstand zu sein." (II, 185). Gegenstände sind aber (I, S. 7) die „Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs", und Verfügungsgeschäft ist wiederum ein „die Rechtslage eines Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft." Den allgemein erkannten circulus vitiosus sucht Sohm im 3. Aufsatz dadurch zu vermeiden, dass er den Gegenstand als ein „übertragbares (veräusserliches) Recht" definiert, die Verfügung, als jede unmittelbare Aenderung der Rechtslage eines Gegenstandes. Allein, auch die Veräusserung ist eine unmittelbare Aenderung der Rechtslage eines Gegenstandes, ist nur ein Unterfall der Verfügung neben Verpfändung, Niessbrauchsbestellung, so dass auch jetzt der circulus vitiosus fortbesteht. Meines Erachtens ist er aber unvermeidlich, weil diese Begriffe miteinander zu eng verbunden sind. Wenn sie beide nicht auf einen dritten Grundbegriff zurückgeführt werden können, so muss einer von ihnen als der Grundbegriff statuiert werden. Die herrschende Lehre nimmt als solchen das Vermögensrecht, dann sind Verfügungen „Rechtsgeschäfte, durch die Vermögensrechte auf andere übertragen, aufgehoben oder belastet werden können"[2]). M. Erachtens wäre es besser, von dem Verfügungsbegriff auszugehen.

[1]) Sohm, Der Gegenstand (zitiert, als Sohm I.) Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand und Verfügung. im Archiv für Bürgerl. Recht, 28, S. 173 ff. (Sohm II) und „Noch einmal der Gegenstand" in Iherings Jahrbüchern, B. 17 (53) — (Sohm III). Dazu: Binder, Der Gegenstand, in der Zeitschrift für Handelsrecht, B. 59, S. 1 ff. und Hedemann im Archiv für bürgerl. Recht, B. 31, S. 322—332.

[2]) Binder, Der Gegenstand, S. 57.

Die Verfügungen liessen sich in solche unter Lebenden und von Todeswegen einteilen[1]); Vermögensrechte wären dann Rechte, über die verfügt werden kann, d. h. deren Lage unmittelbar geändert werden kann.

Enger ist die Definition von Sohm: „Vermögensrechte sind alle dem Kreise der veräusserlichen Rechte angehörenden Rechte, sei es dass sie selber veräusserlich sind, sei es dass sie kraft Verfügungsgeschäfts von einem veräusserlichen Recht abstammen." (III, S. 379.) Dadurch wird vermieden, dass eine Reihe von Familienrechten und Befugnissen, auf die verzichtet werden kann oder die durch Vertrag aufgehoben werden können, zu den Vermögensrechten gezählt werden: sie sind weder veräusserlich, noch durch Verfügungsgeschäft begründet. Auch solche Rechte, die selbst unveräusserlich sind, wie z. B. der Niessbrauch, fallen kraft dieser Definition unter die Vermögensrechte. Andererseits sind auch übertragbare Mitgliedschaftsrechte Vermögensrechte. — Diese Definition ist daher praktisch ganz gut, es lässt sich nur einwenden, dass aus den Verfügungen ganz willkürlich eine Art — die Veräusserungen — als Begriffsmerkmal hervorgehoben ist.

---

[1]) Sohm sieht in § 1395 den Beweis dafür, dass die Verfügungen von Todeswegen keine Verfügungen sind, denn sonst wären Testamente, Erbverträge von Ehefrauen ungültig. Das ist nicht richtig, weil die Verfügung von Todeswegen erst mit dem Tode des Verfügenden wirksam wird, mit welchem Zeitpunkt aber die Verwaltung des Mannes und die Beschränkung der Verfügungsmacht der Frau nach § 1395 bereits erloschen sind. Die Scheidung ist aber aus anderen Gründen zweckmässig: die Verfügungen von Todeswegen brauchen gar nicht Aenderungen von Rechtslagen zu bewirken, sie können z. B. Teilungsanordnungen oder bloss die Ernennung eines Vormunds enthalten usw. Vor allem aber sind, darin hat Sohm Recht, diejenigen Vorschriften auf V. von Todeswegen unanwendbar, welche das Wesen der Verfügungen unter Lebenden ausmachen und ihre Bedeutung für den Rechtsverkehr begründen — §§ 185, 929 ff., 932 ff. usw.

§ 2. Das Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Ausser den Vermögensrechten stehen dem Vermögensträger Rechtspositionen zu, die zwar keine fertigen Rechte sind, aber doch rechtliche Vorteile gewähren, wie z. B. der Ersitzungsbesitz (Möglichkeit des Eigentumserwerbs). Daneben hat er auch Schulden, Verpflichtungen. Es ist sehr bestritten, ob auch sie zum Vermögen gehören, d. h. mit den Vermögensrechten eine rechtlich bedeutsame Einheit bilden (Literatur oben § 1 u. im folgenden). Es wird sogar fast allgemein das Vorhandensein dieser Vermögenseinheit mit rechtlichen Folgen geleugnet; es soll an ihr auch kein Recht bestehen (namentlich Oertmann, Allg. Teil, S. 242 ff.). Nur vereinzelt wird das Vermögen als Einheit, Rechtsobjekt anerkannt, so Biermann I, S. 377: „Ein Recht an einem ganzen Vermögen ist ein Recht an einem Gegenstand." Die Meinungsverschiedenheit ist in dem Gesetz selbst begründet: es hat keinen einheitlichen Begriff des Vermögens ausgebildet. Vielmehr ist das Vermögen:

1. Oft Summe der übertragbaren Rechte — so überall, wo „das Vermögen für die Verbindlichkeiten haftet", aus ihm eine Schuld getilgt wird, in dasselbe Zwangsvollstreckung erfolgt. Dies ist der wichtigste Fall, so dass er zum alleinigen Vermögensbegriff erhoben wurde [1]).

2. Es kann aber auch Reinvermögen sein, nämlich als Ueberschuss nach Tilgung aller Schulden, z. B. §§ 1476, 733 II BGB. oder als nur bilanzmässig festzustellender Wert des Gesamtvermögens — bona deducto aere alieno, so bei Fesstellung des Pflichtteils.

3. Es ist noch ein dritter Vermögensbegriff denkbar — das Gesamtvermögen, bestehend aus Aktiven und Passiven,

[1]) So sagt schon Bekker, I, S. 136: Vermögen ist „Komplex von Rechten, deren Zusammengeschlossensein darin hervortritt, dass dieselben Schuldverältnisse all diese und nur diese Rechte zugleich ergreifen".

Rechten, Rechtslagen und Schulden. In diesem Sinne ist m. E. das Vermögen in §§ 419, 1922 BGB. zu verstehen.

II. Das Vermögen kommt im Privatrecht[1]) vor allem in Betracht:

1) beim Schadensersatz: §§ 249 ff. (253), 823 ff., 1298 usw.

2) bei der Vermögensübernahme (§ 419) und Niessbrauch am Vermögen (1085 ff.) — besondere Haftung für die Schulden.

3) Im Gesellschafts- und ehelichen Güterrecht (§§ 718 ff. 1366 ff., 1438 ff. usw. BGB.).

4) Im Erbrecht, dessen Grundlage ja Uebergang eines Vermögens ist.

1. Es ist zweifelhaft, ob der Schaden, namentlich als Vermögensschaden, juristischer Begriff ist. Das Recht kann weder zerstört, noch weggenommen werden; beschädigt, zerstört, entzogen wird die Sache. Ob dabei

[1]) Auch im Strafrecht herrscht über den Vermögensbegriff (bei § 263 StrGB, Betrug) Streit: der streng juristischen Definition Bindings (Lehrbuch, besond. Teil, I, 238) „Für den Kriminalisten wird das Vermögen eines Rechtssubjekts gebildet aus der Summe aller seiner Vermögensrechte und -Pflichten" steht die von der Praxis und herrschenden Meinung angenommene Auffassung gegenüber, die am besten durch Hegler („Betrug" — in der „Rechtsvergleichenden Darstellung", B. VII, 407, Anm. 1) formuliert ist: „Vermögen wird hier (im Strafrecht) in einem weiten Sinne gefasst, gleich materielles Haben überhaupt . . . an sich nicht bloss geldwertes und nicht bloss Rechte, rechtliches Haben, sondern auch tatsächliches Haben umfassend."

Im Zivilprozess- und Konkursrecht dient das Vermögen fasst ausschliesslich (anders z. B. bei Begründung des Gerichtsstandes des Vermögens) den Zwecken der Gläubigerbefriedigung. Als solches kann es nur aus Aktiven, Vermögensrechten bestehen. Es sollten auch nicht übertragbare Rechte, wie Niessbrauch, Rechte des Gesellschafters aus dem Vermögen in diesem Sinne ausscheiden, die Rechtsordnung gewährt jedoch dem Gläubiger die Möglichkeit, sich auf andere Weise aus diesen Rechten zu befriedigen.

ein Schaden entsteht, hängt von wirtschaftlichen, subjektiven Verhältnissen ab: hat jemand aus meinem Holz kunstvolle Schnitzereien angefertigt, so ist es ja unbefugter Eingriff in mein Eigentum, Schaden erleide ich dadurch nicht — wenn die Schnitzereien bei mir bleiben, natürlich! Fischer[1]) meint, der juristische Begriff sei hier deshalb unanwendbar, weil er das Moment des Wertvollen in den Bestandteilen vernachlässigt, deshalb legt er den wirtschaftlichen Begriff zugrunde. Als Vermögensschaden gilt auch der entgangene Gewinn (§ 252), der jedenfalls kein Vermögensrecht ist. Wenn § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlaut. Wettbewerbs[2]) auch vom Vermögensschaden spricht, so ist es wiederum der entgangene Gewinn, um den es sich handelt; die Rechtsposition des bestimmten Kundenkreises wird hier zum Vermögen gerechnet. Hier und auch in anderen Fällen, z. B. in § 1298, I, Satz 2[3]), kann nur das Vermögen als ganzes beschädigt werden, somit setzen diese Vorschriften das Bestehen des Vermögensinbegriffs und eines einheitlichen Rechts an ihm voraus[4]).

2. Wichtiger für das Thema ist die besondere Regelung der Schuldenhaftung bei Vermögensübernahme und bei Niessbrauch am Vermögen[5]).

Nach § 419 I können die Gläubiger unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners von

[1]) H. A. Fischer, Der Schaden nach dem BGB., S. 11 ff (14).

[2]) Alter Fassung.

[3]) Vgl. die Beispiele bei Schmidt, Kommentar zum Familienrecht des BGB., § 1298, Bem. 3 c.

[4]) Das BGB. spricht oft von Vermögenswert (z. B. § 1986 ein Forderungsrecht ohne Vermögenswert!), -lage (§ 1981), -verhältnissen (§ 2050 II); überall ist es Vermögen im wirtschaftlichen Sinn. Man denke sich z. B., dass der Erbe in §§ 1981, 2128 infolge misslungener Operation seine ärztliche Praxis verliert, die Vermögenslage ist geändert, obwohl ihm kein Recht entgangen ist.

[5]) Vgl. dazu Hellwig, Wesen und subjektive Wirkung der Rechtskraft, S. 313—317.

dem Abschluss des Vertrags betr. Uebernahme eines Vermögens an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen. Nach Binder (I, S. 15) ergibt sich hieraus, „dass die Schulden nicht zum Vermögen gehören, denn würden sie dazu gehören, so müssten sie mit demselben übertragen werden, der Uebertragende also der Haftung entledigt werden.“ Er übersieht aber dabei, dass die Uebernahme durch Vertrag keine Universalsuccession begründet, dass die einzelnen Vermögensbestandteile auch einzeln übernommen werden müssen[1]); der Uebertragende verliert die einzelnen Rechte erst mit Zession, Eigentumsübertragung usw., erst mit erfolgter Schuldübernahme (mit Einwilligung des Gläubigers § 415) wird er von der Schuld befreit. Erst mit diesem Moment würde die Haftung des Uebernehmenden beginnen, die Ausnahme ist zu Gunsten der Gläubiger gemacht. Doch wird die Haftung beschränkt:

a) auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Darin kommt zum Ausdruck, dass das Vermögen eine Einheit ist, die trotz des Wechsels ihres Trägers für ihre Schulden haftet;

b) die Haftung beschränkt sich auf die vor der Uebernahme entstandenen Schulden. Schutzbedürftig sind auch die späteren Gläubiger; diese Einschränkung kann m. E. dadurch begründet werden, dass Gegenstand des Vertrages das Gesamtvermögen mit seinen zu jener Zeit bestandenen Schulden war. Dabei hat dieser obligatorische Vertrag ohne weiteres dingliche Wirkung! Bei dieser Auffassung des § 419 entsteht aber die Schwierigkeit, dass der Schuldner durch Verkauf bloss seines Aktivvermögens die Gläubiger benachteiligen könnte, weil man dann annehmen müsste,

---

[1]) Bezeichnend ist, dass das Gesetz vom Erwerb und Uebertragung von Rechten und Uebernahme von Schulden, Vermögen, Handelsgeschäften spricht. Weist dies nicht darauf hin, dass letztere auch die Schulden umfassen?

es läge der Fall des § 419 garnicht vor. Dann würden die Schulden auf den Käufer nicht übergehen! Ein solches Geschäft wird aber zweifellos nur in fraudem legis zwischen den Parteien abgeschlossen sein, um die Folge des Schuldenübergangs zu vermeiden; als ein Scheingeschäft zur Verdeckung eines anderen muss es gemäss § 117 Ab. II nach § 419 beurteilt werden.

Eine andere Schwierigkeit besteht darin, dass in Wirklichkeit niemals das ganze Vermögen übertragen wird; die zum persönlichen Gebrauch dienenden Gegenstände, wie Kleider, Leibwäsche etc., werden bei ernst gemeinten Vermögensübertragungen nicht mit übertragen. Die Praxis ist darüber einig, dass § 419 auch dann Anwendung findet. Wo liegt aber die Grenze? A überträgt sein Haus, sein Landgut, seine Fabrik, behält aber die ganze Wohnungseinrichtung und sein beträchtliches Bankguthaben; — findet § 419 Anwendung? — Am Ende ist auch hier der Vermögensbegriff ein „wirtschaftlicher".

Aehnlich ist die Haftung beim Niessbrauch am Vermögen — § 1086. Auch hier haftet das Vermögen für die vor der Bestellung entstandenen Schulden, und das kann ebenfalls nur dadurch begründet werden, dass Gegenstand des Niessbrauchs das Vermögen incl. seiner Schulden ist [1]).

Die §§ 419, 1085 ff. sollen aber nach Oertmann (I, S. 242 ff., dann II, Bem. zu § 419) und vielen anderen beweisen, dass das Vermögen kein Objekt dinglicher Rechte ist, denn sonst würde weder die Singularsuccession, noch Bestellung des Niessbrauchs an einzelnen Gegen-

[1]) Deshalb ist für den Umfang der Haftung der Zeitpunkt des obligatorischen Vertrags massgebend. Anders Kober b. Staudinger § 1086, Bem. 1, b, α, der den Zeitpunkt des dinglichen Vertrags für entscheidend hält; die dinglichen Verträge können möglicherweise im Laufe von Monaten vorgenommen werden, welcher soll dann massgebend sein — der letzte oder der erste? Und warum? Auch die Analogie des § 419 spricht dagegen.

ständen erforderlich sein. Darin kommt das Prinzip der Spezialität des Sachenrechts zum Ausdruck: dingliche Rechte können nur an einzelnen Gegenständen bestehen und begründet werden. M. E. ist aber gerade durch die §§ 419, 1085 ff. BGB. dieses Prinzip durchbrochen; die dingliche (d. h. für und gegen Dritte wirkende) Kraft der Vermögensübernahme und Niessbrauchsbestellung am Vermögen kann doch nicht an die einzelnen dinglichen Verträge geknüpft werden, da sie nicht auf das Ganze sich beziehen. Ueberträgt A seine Mobilien und lässt seine Grundstücke dem B auf, zediert ihm seine Forderungen etc., so sind es selbständige Geschäfte, die keine anderen, als die gewöhnlichen Folgen des Uebergangs des betr. Rechts haben. Diese dingliche Folge der Haftung für die Schulden könnte daher nur aus dem obligatorischen Rechtsgeschäft entstehen; das widerspricht aber der scharfen Trennung zwischen obligatorischen und absoluten Rechten. Wenn aber ein absolutes Herrschaftsrecht am Vermögen als ganzem besteht, so könnte die Haftung für die Schulden von ihm abgeleitet werden. Die Eigentümlichkeit dieser Rechtsverhältnisse bestünde dann darin, dass neben den dinglichen, durch Singularsuccession begründeten Rechten an Einzelgegenständen ein Recht am Ganzen vorhanden wäre. Dazu zwingt uns aber auch die Gestaltung des Gesellschaftsrechts, sowie des Familiengüterrechts.

3. Das Gesetz spricht hier nämlich ganz deutlich vom gemeinschaftlichen Vermögen und von Anteilen an diesem Vermögen, welche von Anteilen an den einzelnen Gegenständen scharf unterschieden werden: so § 718, 719, 1438 ff. (1442), 2032, 2233 BGB.

Ist der Anteil eines Gesellschafters, Ehegatten, Miterben — Miteigentum oder ein sonstiges absolutes Recht, so hat das BGB. Rechte an einer universitas juris ausdrücklich anerkannt und sind die Ausführungen

Gierkes[1]) berechtigt, nach dem das Vermögen „den Gegenstand eines einheitlichen Herrschaftsrechts bildet, das — auch wenn es als Eigentum im technischen Sinn nicht anerkannt ist, als ein entsprechendes Vollrecht am Ganzen aufgefasst werden muss". Deshalb gewinnt der Streit über das Wesen des Anteils besondere Bedeutung; die verschiedenen Auffassungen des Anteils (bloss Quotenrechte — Binder, Mitgliedschaft — Sohm) stehen aber im engen Zusammenhang mit der Auffassung der gesamten Hand und können erst im folgenden Kapitel untersucht werden. Aber auch in anderer Richtung ist das sachenrechtliche Spezialitätsprinzip durchbrochen. Beim Austritt eines Gesellschafters geht sein Anteil auf die übrigen uno actu über, und umgekehrt erwirbt der neu eintretende Gesellschafter seinen Anteil uno actu bloss durch das einheitliche Rechtsgeschäft des Eintritts. Die einzelnen Gegenstände des ehemännlichen und -weiblichen Vermögens werden gemeinschaftlich, „ohne dass es einer Uebertragung durch Rechtsgeschäft bedarf" (§ 1438, Abs. II), das Vermögen des Erblassers geht als ganzes auf die Erben über. Diese Abweichungen vom obenerwähnten Prinzip können nicht geleugnet werden, man versucht sie aber auf das personenrechtliche Verhältnis zurückzuführen (vor allem Sohm), worüber näher im II. u. III. Kapitel. Aber selbst dann bleibt doch die Tatsache, dass im geltenden bürgerlichen Recht ein Erwerb des Vermögens als Ganzes (auch unter Lebenden!) möglich ist[2]).

---

[1]) Deutsches Privatrecht, B. II, S. 63 ff.

[2]) Sehr unglücklich ist Oertmanns Erklärung (I, S. 242 ff.): „Keine Ausnahme (aus der Regel, das Vermögen sei kein Objekt dingl. Rechte) bilden die Fälle der erb- und güterrechtlichen Gesamtnachfolge, bei denen sich das einheitliche Schicksal der davon ergriffenen Vermögensmassen nicht sowohl aus deren objektiver Einheit, sondern subjektiv aus der vermögensrechtlichen Verschmelzung der beteiligten Träger erklärt." Diese vermögensrechtl.

4. Im Gesellschafts- und Familienrecht wird scharf zwischen den Aktiven und Passiven geschieden, wobei die Aktiven (im Familienrecht — „Gut") für die Schulden haften usw. (z. B. 1459). Das bestätigt scheinbar die Auffassung, das Vermögen bestehe nur aus Rechten und verdichte sich zur Einheit dadurch, dass aus ihm und nur aus ihm s e i n e Schulden befriedigt werden" [1]). Das Vermögen muss aber schon als Einheit bestehen, damit wir erkennen, welche Schulden „seine" sind. Auch diese Definition ist also schliesslich ein circulus vitiosus! Dann aber ist doch die Haftung des Vermögens für seine Schulden nur dann denkbar, wenn sie zum ihm gehören. Das einigende Moment (nicht nur das Subjekt, sondern auch der Zweck, weil mehrere Vermögen einen Träger haben können — Vorbehalts- und der Verwaltung des Mannes unterworfenes Gut der Ehefrau) umfasst doch gleichzeitig mit den Rechten auch die Schulden. „Als Vermögensbelastung gehört eben die Schuld der objektiven Vermögenseinheit an" [2]).

5. Die Einheit des Vermögens kommt aber rechtlich nicht nur in der Haftung für seine Schulden zum Ausdruck. Sie zeigt sich auch in anderen Richtungen, vor allem in der sog. Surrogation. Diese ist kein einheitliches Rechtsinstitut und ist in ihrem Wesen keineswegs klar. Zweifellos gibt es zahlreiche Fälle, wo unabhängig vom Willen der Handelnden Gegenstände mit dinglicher Kraft in ein Vermögen (als Ersatz für andere usw.) mit dinglicher Kraft fallen. Die wichtigsten Fälle finden sich im

---

Verschmelzung (auch bei Gesellschaftern?) ist doch eine etwas eigentümliche juristische Kathegorie, die bisher unbekannt geblieben ist!

[1]) So im Anschluss an Bekker a. a. O. Hellwig, Verträge auf Leistung zu gunsten Dritter. S. 390 ff. und „Wesen usw. der Rechtskraft" S. 310, 313—317.

[2]) Gierke, a. a O., S. 66, Anm 80.

Erbrecht im Verhältnis zwischen dem Erben und Erbschaftsbesitzer, sowie zwischen dem Vor- und Nacherben. Auch diese Erscheinungen sind am einfachsten aus dem Herrschaftsrecht am Vermögen als ganzen zu erklären.

Die Einheit des Vermögens äussert sich in ähnlicher Weise auch darin, dass Verwendungen auf einzelne Vermögensbestandteile als Verwendungen auf das ganze angesehen werden. — § 2022 [1]).

§ 3. Der Vermögensbegriff im Erbrecht.

Die Erbfolge des BGB. besteht im Uebergang des Vermögens des Erblassers als Ganzes auf den oder die Erben. Diese in § 1922 BGB. statuierte Universalsuccession kann aber verschieden verstanden werden. Sie kann nur den einheitlichen Uebergang einer Vielheit von Rechten bewirken — so versteht sie Binder. Sie kann aber auch den Uebergang des ganzen, der universitas juris bedeuten, „so dass der Erwerb der einzelnen Rechte als die Konsequenz eines einheitlichen Erwerbsakts behandelt wird“ [2]) — so die herrschende Lehre. Dabei bleibt aber unklar, ob auch ein besonderes Herrschaftsrecht an diesem Ganzen, der Erbschaft besteht? Oder vollzieht sich der Erwerb erst auf Grund des Erbrechts, welches kein Recht an der Erbschaft ist? Diese Frage können wir erst später beantworten; hier soll näher untersucht werden, aus welchen Elementen dieses Ganze, die Erbschaft, besteht.

Das Vermögen des Erblassers heisst kraft gesetzlicher Definition „Erbschaft“. Daneben wird es auch als „Nachlass“ bezeichnet (zuerst in § 1958). Es lässt sich nicht beweisen, dass sie grundsätzlich verschiedenes bedeuten, — etwa Nachlass nur die Aktiva, Erbschaft — das

[1]) Näheres bei Kohler, Das Vermögen als Sachenrechtliche Einheit, A. f. B. R., B. XXII, S. 1 ff.

[1]) Hellwig, Wesen usw. der Rechtskraft, S. 203.

Gesamtvermögen einschliesslich der Schulden, wie im Preuss. ALR. I, 9 § 350 und 2 § 34. Auch lässt sich m. E. überhaupt kein irgendwie bedeutsamer Unterschied zwischen beiden ermitteln. Es wird gewöhnlich angenommen, Nachlass sei das Vermögen in Beziehung auf den Erblasser und Dritte, Erbschaft — in Bezug auf die Erben[1]). Gegen diese Unterscheidung, die auch praktisch keine Folgen hat, spricht z. B. der Gebrauch des Wortes „Nachlass" im § 2055 und „Erbschaft" in § 2165.

Erbschaft und Nachlass sind also das Vermögen des Erblassers. Selbst wenn der Vermögensbegriff des bürgerlichen Rechts sonst fest stünde, wäre er für das Erbrecht an sich noch nicht zwingend. „Es ist denkbar, dass der Vermögensbegriff des Erbrechts ein anderer ist, als der des ehelichen Güterrechts"[2]). Aber es existiert auch sonst im BGB. kein einheitlicher Vermögensbegriff; so müssen wir den erbrechtlichen Vermögensbegriff, aus der Gesamtheit der Rechtssätze des 5. Buches des BGB. ableiten.

In einer Reihe von Rechtsnormen können wir unter Erbschaft nur die Aktiva, die Vermögensrechte verstehen. Das sind: §§ 1958, 1959, 1973 ff., 2046 ff., 2059 ff. usw (Nachlass) §§ 2111 ff., 2124 I, 2 144 ff. (Erbschaft).

Aus anderen, so z. B. § 2165 ff. kann freilich bloss geschlossen werden, dass die Erbschaft aus Vermögensrechten besteht, nicht aber, dass sie ausschliesslich aus ihnen besteht.

Besonders überzeugend wirken die Fälle, wo der Nachlass den erblasserischen Schulden gegenübergestellt wird,

---

[1]) z. B. Binder, I, S, 13; Endemann III, S. 2

[2]) So Binder, Der Gegenstand, S. 24 f. in sehr interessanten aber bedenklichen Ausführungen über Bildung der Begriffe nach Zweckmässigkeitserwägungen.

für sie haftet, sie aus ihm berichtigt werden. (1979, 1990 I usw.). Auch § 2205 „den Nachlass in Besitz nehmen" kann nur für Aktiva einen Sinn haben. Dies verleitete Binder zur Behauptung: „Zweifellos bezeichnet der Nachlass stets nur das Aktivvermögen." (I, S. 11).

Das ist zweifellos nicht richtig. In einer Reihe von Vorschriften bezeichnet der Nachlass das Gesamtvermögen in seinem Wert — bona deducto aere alieno, und wenigstens in einer die Gesamtheit der Aktiva und Verbindlichkeiten. Das ist § 1993 BGB:

> „Der Erbe ist berechtigt, ein Verzeichnis des Nachlasses (Inventar) bei dem Nachlassgericht einzureichen (Inventarerrichtung)."

Das Verzeichnis des Nachlasses enthält aber (§ 2001 I) die Nachlassgegenstände und Verbindlichkeiten; anders wäre es, wenn der Nachlass nur „Aktiva" bezeichnete.

Dies beweisen auch die §§ 2311 und 2313.

§ 2311. „Der Berechnung des Pflichtteils wird der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zu Grunde gelegt."

§ 2313. „Bei der Feststellung des Wertes des Nachlasses bleiben Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, ausser Ansatz" usw.

Ist Nachlass = Aktiva, so könnte er nur aus Rechten (vielleicht auch Rechtspositionen) bestehen, daher sollten auch alle Verbindlichkeiten ausser Ansatz bleiben, und wäre sein Wert gleich der Summe der Werte der Nachlasstücke. Bei einem Nachlass mit 50 000 Aktiven und 30 000 Nachlassverbindlichkeiten, wäre sein Wert 50 000 Mk., mithin der Pflichtteil des einzigen Sohnes des Erblassers 25 000 Mk. Und doch sind die Schulden „selbstverständlich" abzuziehen! (Herzfelder bei Staudinger 3./4. Aufl., Bem. zu § 2311, II, Cosack, II, S. 873 f.) Das ist aber nur dann möglich, wenn Nachlass = Aktiva

und Passiva ist. Dabei ist noch hervorzuheben, dass bei der Berechnung die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen nicht berücksichtigt werden, und mit Recht: das Vermögen des Erblassers besteht nur aus Rechten und Pflichten, welche zurzeit des Erbfalls vorhanden waren. Anders dagegen bei dem Erben: für ihn gehören auch die Vermächtnisse und Auflagen zu den Passiva, und diesen Nachlass finden wir in §§ 2055, 1963. In §§ 2055, 2056 kann unter Nachlass, der zwischen den Erben geteilt wird, nur das Reinvermögen, das den Erben nach Tilgung aller Schulden und Auszahlung der Vermächtnisse und Vollziehung der Auflagen verbleibt, verstanden werden. Zweifelhafter ist es im Fall des § 1963. Binder I, 210 f. meint, „dass der Rentenanspruch der Mutter eine Nachlassschuld wie jede andere bildet" und aus dem Aktivnachlass zu befriedigen sei. Der ratio legis entspricht aber allein, dass nur aus dem Nettonachlass, bezw. dem Erbteil des zu erwartenden Erben dieser Anspruch befriedigt wird (Strohal II § 62, Ziff. 3) und sogar noch weiter: „die Mutter könne vom Nachlasse unmöglich mehr beanspruchen, als dem Erben selbst zufallen würde, wenn er bereits geboren wäre" [1]). Der Nachlass, aus dem sie den Unterhalt verlangen kann, besteht daher aus den Aktiven mit Abzug sämtlicher Schulden, Pflichtteilsverbindlichkeiten, Vermächtnisse, Auflagen.

Eine Reihe wichtiger Vorschriften schliessen sich an den grundlegenden § 1922 an; so vor allem §§ 2032 ff., 2100 (2103) ff., 2371 ff. Was ist hier unter der Erbschaft zu verstehen? Der § 1922 I BGB. lautet:

---

[1]) Cosack, Lehrbuch, II, S. 786. Ist der nasciturus pflichtteilsberechtigt, so kann die Entscheidung anders lauten: die dem Unterhaltsanspruch der Mutter gesetzte Grenze kann nicht unter den Betrag des Pflichtteils sinken.

„Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über."

Darüber, was hier das „Vermögen" bildet, wird lebhaft gestritten. Nur die Aktiva sind es nach Binder (I, S. 7 ff. u. passim.), Kipp bei Windscheid (9. A, B. 3., S. 186), Hellwig (Wesen usw. der Rechtskraft, S. 310), Dernburg (B I § 103, VI, 2 und V §§ 8 Anm. 3 und 125, anders jedoch im B. III, S. 8). Aktiva und Passiva sind es nach Strohal (I, S. 17), Biermann (S. 104), Sohm (I, S. 42, jedoch 41) u. a. Die Protokolle der II. Kommission geben keine bestimmte Antwort (cfr. gegen Binder a. a. O. — Fischer, der Schaden, S. 8, Anm. 1 und Hellwig, a. a. O., Anm. 5).

Die beiderseitigen Beweise sind aber unzulänglich.

a) Aus dem Gebrauch des Wortes „Vermögen", sowie „Erbschaft", „Nachlass" kann ja überhaupt kein zwingender Schluss gezogen werden. Ausserdem werden sie in verschiedenen Bedeutungen gebraucht.

b) Aus dem Uebergang „als Ganzes" folgert Binder und Dernburg, dass der Uebergang per universitatem nur bedeute den Gegensatz zur Singularsuccession, und diese Deutung ist ebenso berechtigt, wie die Ausführungen Strohals und Rügers[1]), „als Ganzes" beziehe sich auf die Succession in die Schulden.

c) Binder (I, S. 7 ff.) und Hellwig (S. 312, Anm. 11) sehen im § 1967 den Beweis für ihre Ansicht. Aber die von ihnen angeführte Stelle der Protokolle beweist eben nur die Meinungsverschiedenheit in der Kommission, nicht aber, welche Entscheidung getroffen wurde. Dann aber ist zu beachten, dass § 1967 I auch als bloss deklaratorischer Satz zu Beginn des Titels über die Haftung des Erben guten Sinn hätte. M. E. ist er aber nicht

[1]) Im Sächsischen Archiv f. BR., B. IX, S. 472.

bloss deklaratorisch, selbst wenn das Vermögen im § 1922 auch die erblasserischen Schulden umfasst. Denn nach § 1967 Satz 2 haftet der Erbe auch für andere, nicht vom Erblasser herrührende Schulden, welche keineswegs zu seinem Vermögen gehörten. Die Nachlassverbindlichkeiten sind also weiter, als die Schulden des Erblassers und somit hat § 1967 die Bedeutung, dass er diese ohne Unterscheidung ihrer Entstehung den folgenden ganz eigenartigen Regeln unterwirft.

d) Andererseits können auch die Beweise Strohals (II, S. 15—17), dem sich Sohm anschliesst, nicht ausreichen. Er meint:

1. Selbst wenn der Erblasser nur Schulden hinterlässt, geht die Erbfolge vor sich.

2. Auf den Erben gehen Rechtsverhältnisse über, die weder nur Rechte, noch bloss Pflichten sind (meist — Rechtspositionen – Ersitzungsbesitz, Handelsbetrieb etc).

Das ist vollkommen richtig, ist aber — darin hat Binder (Der Gegenstand, S. 40, Anm. 73) Recht — eine petitio principii. Daraus, dass in beiden Fällen Beerbung stattfindet, folgt noch nicht, dass diese Verbindlichkeiten, bezw. Rechtsverhältnisse, als Bestandteile der Erbschaft, des Vermögens übergehen. Strohal dreht unzulässig den Satz: „Ohne Erben keine Erbschaft“ um, denn seinen Ausführungen liegt die These zu Grunde: „Ohne Erbschaft kein Erbe, keine Erbfolge“; m. a. W. — und darin liegt der Kern des Streites: besteht die Erbfolge nur im Erwerb der Erbschaft, so hat Strohal Recht, aber das ist noch zu beweisen!

Wenn das Erbrecht in der Tat ohne Erbschaft unmöglich ist und in ihrem Erwerb sich erschöpft, so wird man unter Erbschaft, Vermögen in §§ 1932, 2032 usw. notwendig alles das verstehen, was zweckmässigerweise auf den Erben übergeht, also nicht nur Rechte, sondern auch Schulden und andere Rechtsverhältnisse. Andernfalls

wäre diese Erweiterung des Vermögensbegriffs nicht so notwendig, man könnte sagen, dass die Schulden, Rechtspositionen usw. neben der Erbschaft kraft des Erbrechts auf den Erben übergehen [1]).

So kommen wir wieder zur oben aufgestellten Frage: worin besteht das Erbrecht? Ist es ein dingliches Recht an der Erbschaft? Geht es darüber hinaus? — Die Erbfolge, das Erbrecht im subjektiven Sinn ist also der Grundbegriff des Erbrechts des BGB.

II. Kap. Die Gesamthand.

§ 4. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand.

Bevor wir zur Analyse des Erbrechts im subjektiven Sinn übergehen, müssen wir jedoch ein anderes, viel umstrittenes Rechtsinstitut näher betrachten. Es wird sich nämlich zeigen, dass die Zergliederung der Erbberechtigung in einzelne Rechte — etwa das Recht Erbe zu sein und das Recht am Nachlass — viel schärfer bei der Miterbengemeinschaft hervortritt, als beim Alleinerben. Auch ist für die Entscheidung unserer Hauptfrage — Verfügung eines Mitglieds dieser Gemeinschaft über seinen Anteil — erforderlich auf die Grundlagen der Konstruktion dieser

[1]) Selbstverständlich könnte man auch bei dieser Auffassung der Erbfolge den weiteren, m. E. natürlicheren Begriff der Erbschaft annehmen. — Schliesslich umfassen alle, nicht nur gewisse, Rechtsverhältnisse zugleich Forderungs- und Verpflichtungselemente, z. B. das Mietsverhältnis (Rechte und Pflichten des Mieters); aber auch absolute Rechte erschöpfen sich nicht in Rechten, d. h. Ansprüchen gegen jeden verletzenden Dritten, sondern enthalten auch Pflichten gegen jeden verletzten Dritten (so §§ 904 ff. bei Eigentum noch mehr bei beschränkten dinglichen Rechten — Pflichten gegenüber den Pfandeigentümer usw.). Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ist im Verhältnis zwischen den Parteien Trennung in Rechte und Pflichten gewiss zweckmässig. Wäre es aber nicht besser bei Erbfolge vom Uebergang des Vermögens als Komplex von Rechtsverhältnissen zu sprechen?

Gemeinschaft einzugehen. Erst dann kann uns das Wesen des Anteils klar werden. Die Erbengemeinschaft nimmt aber im System des BGB. keine exceptionelle Stellung ein, sondern gehört neben der Gesellschaft (und offener Handelsgesellschaft des HGB.) und den verschiedenen Arten der ehelichen Gütergemeinschaft zu den sogen. „Gemeinschaften zur gesamten Hand“ [1]).

Auf die sehr umfangreiche Literatur über die Gesamthand kann hier nicht ausführlich eingegangen werden. Die Gesamthand hatte schon lange vor dem BGB. nicht bloss theoretisches Interesse, weil sie schon im A. D. HGB. in Form der offenen Handelsgesellschaft anerkannt war; so finden sich in der handelsrechtlichen Literatur viele Ansichten über ihr Wesen. Allein die herrschende ist die Theorie von Gierke geworden und geblieben. Auch die Interpreten des BGB. haben sie meist angenommen.

„Das eigentliche Wesen der gesamten Hand“, sagt Gierke [2]), „beruht in keiner Einzelheit, sondern in dem allgemeinen Gedanken der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft.“ Am anderen Orte heisst es: „Der Wesenskern der gesamten Hand steckt in der personenrechtlichen Verbindung der

---

[1]) Obwohl das Gesetzbuch selbst diesen Namen nirgends gebraucht, ist man über die Zugehörigkeit dieser Rechtsinstitute zu den Gesamthandgemeinschaften einig. Vgl. auch die Protokolle, II, 428 ff., IV, 230 ff., V, 835 ff. — Ohne Belang ist für uns die Frage, ob die Gesamthand selbst ein Rechtsinstitut oder ein Rechtsprinzip ist. Für das letztere — Heusler, Institutionen, I, 226, aber auch Gierke, Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 342 sagt, die Gesamthand sei ein Rechtsprinzip (vgl. auch Deutsches Privatrecht, I, 669). Für uns gilt es aber, das Gemeinsame und Eigenartige der drei oben erwähnten Rechtsinstitute aufzudecken.

[2]) Genossenschaftstheorie, S. 353.

Subjekte“ [1]). Die Gesamthand ist nicht ein Verein oder eine juristische Person, sie „ist überhaupt kein Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsverhältnis; aber dieses Rechtsverhältnis schliesst die Beteiligten zu einer Personeneinheit zusammen“ [2]). Das ungeteilte Herrschaftsrecht der verbundenen Gesamthänder erstreckt sich auf das Vermögen als solches, daneben bleiben die Vermögensbestandteile als selbständige Rechtsobjekte bestehen. Das gesamte Recht am Ganzen und an jedem Einzelgegenstand steht den Gemeindern wiederum zusammen zu, daneben haben aber die Mitglieder ihre Anteile, „die ein dem Gesamtrecht gegenüber selbständiges Sonderrecht gewähren. Diese Anteile ergreifen zunächst das Vermögen als Ganzes, mittelbar jedoch zugleich alle ihm jeweilig angehörenden einzelnen Gegenstände. Ihrer Zuständigkeit nach sind sie nicht freie, sondern gebundene Vermögensrechte“ [3]). Aber — und darin liegt der Kern seiner Lehre — diese Anteile sind keine Miteigentumsquoten: „der sachenrechtliche Gehalt der Anteile deckt sich niemals mit dem Eigentum, vielmehr bleibt die oberste Sachenherrschaft in dem ungeteilten Gesamtrecht beschlossen, dessen einheitliches Subjekt die Teilhaber in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit sind“ (a. a. O., S. 392). Dass er dabei Anteile am Ganzen und an Einzelsachen anerkennt, beweist folgende Bemerkung: „Jedem Mitgliede

[1]) Deutsches Privatrecht, B. I, S. 669.

[2]) „Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht“, 2. A., S. 14. — Darüber, dass die Gesamthandgemeinschaft keine juristische Person ist, ist man einig. Dagegen ist der Streit über die Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft noch nicht erloschen. Gareis (Das deutsche Handelsrecht, 8. A., S. 180 f.) zählt sie zu den „relativ juristischen“ Personen, vielfach wurde auch die von der französischen Jurisprudenz anerkannte Anschauung vertreten, sie sei eine juristische Person; vgl. dazu Dernburg, II 2, § 365a, S. 636 f. und die dort angeführten.

[3]) Deutsches Privatrecht, B. II, S. 389—391.

steht ein Anteil an dem Vermögen im Ganzen und den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen zu; allein dieser Anteil unterliegt nicht der Verfügung des Mitglieds und gewährt keinen Teilungsanspruch." [1])

Seine Theorie wird von den meisten [2]) mit geringen Aenderungen angenommen, wobei oft die Anteile an einzelnen Gegenständen oder auch am Ganzen geleugnet werden. Dadurch wird der schwächste Punkt vermieden —

[1]) Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 21.

[2]) Aus der Literatur sei angeführt: Staudinger zu § 719. Bem. II, 1 nimmt bloss Anteile an Einzelgegenständen an, welche rechnerisch nicht (?) bestimmt sind, in Bem. 2 zu § 2032 (B. V, S. 287, 3./4. A.) ist, wie es scheint, der Anteil am Ganzen anerkannt: „Es handelt sich dabei um einen wirklichen, wenn auch bis zur Auseinandersetzung der Gemeinschaft „stillgelegten" Anteil." Nach Endemann (I, S, 1140) bestehen „weder obligatorische, noch dingliche Anteile am Ganzen oder seinen Bestandteilen, sondern Rechte auf Teilnahme am Genusse des Gesamtguts und mit dem Inhalte einer Anwartschaft auf den bei der Auseinandersetzung jedem Gesellschafter zufallenden Betrag". Nach Frommhold (Bem. 1 zu § 2033) hat jeder Miterbe einen Anteil an der Erbschaft, als einem Vermögensinbegriff. Auch Planck lehrt, es bestehen Anteile nur am Ganzen, nicht an seinen Bestandteilen — Bem. zu §§ 705 ff. (namentlich § 718) und §§ 2032 ff., so auch Boehm, Erbrecht (2. A., S. 275) „das Verhältnis ist vielmehr ein einheitliches und die einzelnen Objekte kommen nur als Bestandteile eines Ganzen in Betracht." — Aus der handelsrechtlichen Literatur sei nur Staub (Kommentar, 8. A., Anm. 27 zu § 105) angeführt: „Es ist während des Bestehens der Gesellschaft ein Anteil am Gesamteigentum ohne Quoten (!), aber immerhin ein dinglicher Anteil, nicht lediglich ein obligatorischer Anspruch vorhanden." — Nach eingehender Prüfung aller Theorien kommt schliesslich Knoke (Das Recht der Gesellschaft, S. 93, 94) zum Ergebnis „dass die Anteile an dem Gesellschaftsvermögen rechnerisch nicht bestimmt sind. Zu einer solchen Bestimmung liegt auch weder ein praktisches, noch ein logisches Bedürfnis vor, ein praktisches nicht, weil niemand über seinen Anteil verfügen kann, ein logisches nicht, weil das Gesellschaftsvermögen ja nur den Gesellschaftern in ihrer Verbindung, nicht den Einzelnen als solchen zugeschrieben wird". Wozu dann die Anteile überhaupt?!

das Bestehen des ungeteilten Gesamtrechts und daneben der Anteilsrechte; dafür entstehen aber solche Widersprüche, wie „rechnerisch unbestimmte" Anteile, „ruhende", „schlummernde", „stillgelegte" Anteile usw.

Es ist eine natürliche Erscheinung, dass diesen nebelhaften Gebilden eine ganz einfache Theorie entgegengesetzt wurde[1]), die mit eingebürgerten Begriffen des heutigen Privatrechts arbeitet und die Gemeinschaft zu gesamter Hand als Spezialfall der Bruchteilsgemeinschaft darzustellen versucht. Der Unterschied zwischen ihnen bestehe nur darin, dass der Bruchteil des Gesamthänders gebunden, unveräusserlich ist. So bemerkt Joerges a. a. O. (B. 51, S. 64), das gesamthänderische Eigentum „unterscheide sich vom Miteigentum der Gemeinschafter im engeren Sinne nur durch die hier vorhandene, dort fehlende Veräusserlichkeit der Bruchteile". Und Binder definiert die Gesamthandgemeinschaft als „eine Rechtsgemeinschaft zu ideellen Teilen, die sich aber dadurch von der römischen communio juris unterscheidet, dass dem einzelnen Gemeinschafter die Verfügung über seinen Anteil ohne Mitwirkung der anderen entzogen ist" (S. 29 im Anschluss an Heusler, I, § 53).

Dagegen ist die neuestens aufgestellte Theorie von Sohm („Der Gegenstand") eine weitere Entwicklung der Gedanken Gierkes, der selbst immer auf den Einfluss des Personenrechts hingewiesen hat[2]). Sohm hat aber dieses Personenrechtsverhältnis in den Vordergrund gestellt.

---

[1]) Abgesehen von älteren „atomistischen" Versuchen: Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte (Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, B. X, S. 695 ff.). Joerges, Zur Lehre von Miteigentum (in der Zeitschrift für Handelsrecht, B. 49 u. 51) und namentlich Binder, Rechtsstellung des Erben, III, S. 7 ff.

[2]) So sagt er: „Somit empfängt auch die Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand ihre nähere Ausgestaltung nicht vom Sachen-, sondern vom Personenrecht." Deutsches Privatrecht, II, 393.

Gesamtberechtigung ist Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts, nämlich personenrechtlichen Güterrechts[1]). Gemeinsam sind die einzelnen Gegenstände, aber nur als Bestandteile des Vermögensinbegriffs (S. 7). Der Anteil am Vermögen bedeutet lediglich ein personenrechtliches Verhältnis: die Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft (S. 68), jeder einzelne Gegenstand ist dagegen dem einzelnen Gesamtberechtigten zu seinem Anteile zuständig (S. 69), aber auch dieser Anteil ist personenrechtlicher Natur (S. 70). Also ist die Gesamthand eine Gemeinschaft, deren Anteile nach einem personenrechtlichen Verhältnis sich bestimmen (S. 72).

Der Unterschied zwischen ihm und Gierke besteht zunächst in der Darstellung: Gierke richtet seine Aufmerksamkeit auf die verbundenen Subjekte und sucht ihre Stellung zwischen Korporation und societas zu erfassen, Sohm interessiert das Objekt, der „Gegenstand", dessen Unterschied vom Bruchteil für ihn der Hauptpunkt ist. Sachlich unterscheiden sie sich durch Stellung zum Anteil am Ganzen. Während Gierke ihn in den Vordergrund stellt, (so dass Oertmann a. a. O. sogar zweifelt, ob er daneben auch Anteile an Einzelgegenständen anerkennt), leugnet Sohm die Existenz der Anteile am Ganzen und lässt nur Anteile an seinen Bestandteilen zu.

II. Beim ersten Vergleich der Gesamthandsgemeinschaften scheint die Theorie der gebundenen Bruchteile Binders am meisten für sich zu haben, denn eigentlich nur diese Beschränkung der Verfügungsmacht ist ihnen allen gemeinsam — §§ 719 I, 1442 I, 2033 II BGB.

Sonst aber besteht grosse Verschiedenheit:

1. Ueber den Anteil am ganzen kann bei der Erben-

[1]) Der Gegenstand, S. 65. Sohm schliesst sich auch Oertmann in 2 A. seines Kommentars an, vgl. Vorbem. zu §§ 705 ff.

gemeinschaft (§ 2033 I), nicht bei anderen verfügt werden. (§§ 719 I, 1442 I).

2. Auch Teilung kann nur der Miterbe, nicht aber können sie andere Gesamthänder verlangen [1]).

3. Ganz verschieden gestaltet sich die An- und Abwachsung: ausgeschlossen ist sie bei ehelicher Gütergemeinschaft; nach von einander abweichenden verschiedenen Grundsätzen regelt sie sich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (1490), Erbengemeinschaft (§ 1935, 2094), Gesellschaft (§ 736 ff.).

4. Nicht einheitlich ist auch die Erwerbsart: Singularsuccession bei Bildung der Gesellschaft, Universalerwerb in allen übrigen Fällen, selbst bei Ein- und Austritt der Gesellschafter [2]) [3]).

5. Verschieden ist endlich die Entstehung der Gesamt-

[1]) § 2042: „Jeder Miterbe kann jederzeit die Auseinandersetzung verlangen." Die Auseinandersetung ist aber nichts anderes, als Teilung. (So auch Binder III, S. 44: „Auseinandersetzung, die ihrem innersten Wesen nach schliesslich doch Teilung ist" und Note 4: „dass die Auseinandersetzung nichts von der Teilung begrifflich verschiedenes ist, ergibt sich usw."; daher ist unverständlich, dass er S. 37 sagt, der Miterbe sei nicht berechtigt Teilung zu verlangen, das sei zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergebe sich aber aus den §§ 2042 ff.

[2]) Früher wurde die Möglichkeit des Eintritts in eine bereits bestehende Gesellschaft geleugnet, jetzt ist sie aber allgemein zugegeben. Vgl. Oertmann zu §§ 736, 738 (anders noch die 1. Aufl.) und Knoke im Archiv für bürgerl. Recht, B. XX, S. 170, welcher seine Ansicht auch geändert hat. Zutreffend bemerkt Gierke: „Für den nicht rechtsfähigen Verein aber ergäbe sich eine geradezu ungeheuerliche, dem Leben Hohn sprechende juristische Konstruktion: Auflösung des alten Vereins und Errichtung eines neuen Vereins bei jeder Aufnahme eines Mitglieds." (Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 29). Das gilt auch für die gewöhnliche Gesellschaft.

[3]) Die Unterschiede in der Verwaltung und den Beziehungen der Mitglieder zueinander bleiben hier ausser Betracht. Wie gross sie sind, zeigen schon die Verweisungen auf die gewöhnl. Gemeinschaft im § 2042.

handgemeinschaft und der Eintritt in sie: durch Vertrag wird sie begründet bei der Gesellschaft und Gütergemeinschaft (jedoch im Anschluss an die Ehe), kraft Gesetzes tritt sie ein bei fortgesetzter Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft (auch bei der testamentarischen Erbfolge, denn der Erblasser kann ihren Eintritt nicht verbieten.)

Somit bleibt nur die Gebundenheit der Anteile an Einzelgegenständen, und es lässt sich nicht verkennen, dass die Quotentheorien von Binder, Nagler u. a. an Einfachheit und leichter Eingliederung in das ganze System des Privatrechts unübertroffen sind. Mit Unrecht wirft ihnen Sohm[1]) (I, S. 70, Anm. 1) vor, diese Definitionen seien ein Widerspruch in sich selbst, „weil das Wesen der Bruchteilsberechtigung nach dem Gesetz in der Verfügbarkeit beruht. Auch hier wird eine blosse Beschreibung, keine Aufklärung gegeben." M. E. wäre dagegen die Einteilung in Gemeinschaften mit und ohne Verfügungsmacht über die Bruchteile systematisch ganz konsequent, wenn sie nur erschöpfend wäre, das wesentliche herausgehoben und erklärt hätte. Das tut sie aber nicht.

Als gewöhnliche, nur unverfügbare Bruchteile sollten nämlich diese Anteile allen Regeln, die für das betreffende Recht gelten, unterworfen sein. In Wirklichkeit richten sie sich dagegen nach ganz eigentümlichen (freilich nicht immer für alle gleichen) Rechtsnormen, namentlich bei Erwerb und Verlust der Rechte, bei Surrogation, die bei Bruchteilen überhaupt unerklärlich ist, bei Accrescenz usw. In letzterer sieht Oertmann (a. a. O. zu §§ 705 ff.) das stärkste Argument gegen diese atomistische Theorie[2]).

---

[1]) der übrigens die Gebundenheit gar nicht leugnet. — Vgl. S. 62, 70: die Anteile seien keine „Gegenstände".

[2]) Was Nagler, a. a. O. S. 723, 730, 741 und Binder, III, S. 38—42 über Accrescenz sagen, ist keine befriedigende Erklärung. Darüber S. 60 ff. unten.

Der abtretbare obligatorische Anspruch „auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt“ (§ 717) wäre bei Vorhandensein sachenrechtlicher Bruchteile — wenigstens in diesem Umfang und mit diesen Wirkungen seiner Abtretung — unmöglich. Naglers Versuch das Gegenteil zu beweisen (S. 223, Anm. 77) scheitert daran, dass dieser obligatorische Auseinandersetzungsanspruch auch die nach seiner Meinung „dinglichen“ Anteile des Abtretenden umfasst.

Das BGB. hat bei allen dinglichen Rechten die Trennung zwischen der causa — dem obligatorischen Geschäft und dem dinglichen durchgeführt, das letztere ist wirksam selbst bei Nichtigkeit des obligatorischen. So ist es natürlich auch bei den Bruchteilsgemeinschaften, nicht aber bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand. Haben Ehegatten oder Erben Anteile an gemeinschaftlichen Sachen, so verlieren sie dieselben, sobald die Ehe oder der Ehevertrag sich als nichtig erweist, oder der Erbe unwürdig erklärt wird oder ausschlägt. Komplizierter gestaltet sich die Sache bei der Gesellschaft. Erwerben die Gesellschafter A und B von einem Dritten ein Grundstück und tritt später C in die Gesellschaft ein, so erhält er einen Anteil am Grundstück zu $^1/_3$. Wird jetzt der Gesellschaftsvertrag wirksam angefochten, so verliert C seinen Anteil, anders aber A und B: man kann nicht annehmen, dass infolge der Nichtigkeit des Vertrages kraft § 142 BGB. das Eigentum an den Veräusserer D zurückfällt, denn auf den dinglichen Vertrag zwischen ihm und A und B hätte selbst die Nichtigkeit des Kaufvertrags keinen Einfluss; mithin bleiben A und B Eigentümer, und zwar zu Bruchteilen nach § 1008 ff., aber auch dies nicht in der Weise, dass nur das Verfügungsverbot aufgehoben wird, sondern es entsteht — mit rückwirkender Kraft, denn die Gesellschaft hat nie bestanden — ein ganz neues Miteigentum; das beweist der Umstand,

dass sie nicht je zu $^1/_3$, sondern zur Hälfte Miteigentümer sind; von Accrescenz kann hier selbstverständlich keine Rede sein[1]). Nach der Quotentheorie würden alle gebundenen Bruchteile fortbestehen und es stünde nur die condictio des § 812 offen.

So hat diese Theorie keine Erklärung für die bedeutenden Abweichungen von der gewöhnlichen Gemeinschaft und muss sie teilweise im Widerspruch mit sich selbst erklären (vgl. Nagler, S. 723 ff., worüber unten.).

Dagegen finden diese Erscheinungen in den personenrechtlichen Theorien (Sohm, Gierke) ihre Erklärung. Die Anteile sind ja alle nicht sachenrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur und folgen in ihren Schicksalen ganz dem Personenrecht; mit seinem Erlöschen verschwinden auch sie.

Der wichtigste Einwand gegen diese Theorien besteht darin, dass diese Anteile personenrechtlicher Natur sind, während sie doch Teile eines Vermögensrechts sein müssen[2]).

Nun ist dieser Einwand ganz irrelevant, wenn die Existenz der Anteile an den Bestandteilen des gemeinschaftlichen Vermögens überhaupt in Abrede gestellt wird, wie wir es auch tun werden. Aber selbst bei ihrer Annahme ist er nicht durchschlaggebend und soll hier aus-

---

[1]) Das Eigentum könnte an den Veräusserer nur dann zurückfallen, wenn die Gesellschaft juristische Person wäre; in diesem Fall hätte er nämlich nicht den Gesellschaftern A und B, sondern der Gesellschaft, als solcher, dass Grundstück aufgelassen, da sie aber als von Anfang an nicht bestehend gilt (§ 142 BGB.), so wäre auch die Auflassung nichtig.

[2]) „Nur möchte ich wissen", fragt Binder (Der Gegenstand, S. 63), „wie es denkbar sein soll, dass, während das ungeteilte Recht (Eigentum, Forderung, Niessbrauch usw.) ein Vermögensrecht ist, die Anteile der einzelnen Gesamthänder an diesem Vermögensrechte keine Vermögensrechte sind?"

führlich widerlegt werden wegen seiner grossen methodologischen Bedeutung.

Binders Argument besteht darin, dass Teile qualitativ identisch mit dem Ganzen sein müssen und in ihrer Summe dem Ganzen gleich sind. Für die physische, reelle Teilung ist es selbstverständlich. Anders ist es dagegen bei der Teilung von Rechtsverhältnissen, welche von der Teilung von Objekten grundsätzlich verschieden ist. Parzelliert A sein Grundstück und verkauft und übereignet die Parzellen an B, C, D usw., so ist jedes neue Grundstück qualitativ dem alten gleich und ihre Summe ist genau diesem gleich; dagegen hat jeder Erwerber ein „ganzes", „volles" Eigentum und sie zu summieren hat keinen Sinn. Hier sind freilich das Eigentum des A und das der B, C u. D qualitativ identisch, d. h. jeder hat dieselben Befugnisse. — Anders wird es aber bei ideeller Teilung. Bei gewöhnlichem Miteigentum sind die Bruchteile zweifellos vorhanden. Nehmen wir jetzt an, A habe sein Grundstück an B, C u. D zusammen veräussert; dadurch werden sie Miteigentümer; jeder hat aber nicht ein Drittel der Rechte des A, selbst nicht alle seine Rechte, wie die Parzelleneigentümer im 1. Fall, sondern — sie haben etwas wesentlich anderes, sie haben Rechte und Pflichten, die A garnicht hatte, nämlich diejenigen gegenüber den Miteigentümern — z. B. das Recht, selbständig Massregeln, die das ganze Grundstück treffen, durchzuführen, § 744 II, aber auch Dritten gegenüber, § 1011! Man könnte sagen, dass bei Teilung des Eigentums a, jeder Miteigentümer $\frac{a}{3} + b$ erhält: mathematisch — Unsinn, logisch — undenkbar, juristisch — selbstverständlich! „Wie soll es denkbar sein?" Die Antwort finden wir darin, dass die ideelle Teilung nicht bloss tatsächliche Teilung, sondern ein Rechtsverhältnis ist, aus dessen Tatbestand neue Rechtsfolgen —

Rechte und Pflichten entstehen; die neuen Rechte sind weder physisch, noch mathematisch Teile des alten und sollen gar nicht in summa das Alte bilden.

So wären auch die personenrechtlichen Anteile an einem Vermögensrecht keine Anomalie oder logisch undenkbar. Das Neue würde sich aus dem neuen juristischen Tatbestand, aus dem Rechtsverhältnis der Beteiligung mehrerer zu gesamter Hand erklären [1]).

---

[1]) Dieselbe Argumentation finden wir bei Binder öfters. So behauptet er: „Ist das Vermögen des Erblassers keine Einheit, so kann auch seine Erbschaft keine sein" (III, S. 20.) oder er sucht seine Theorie dadurch zu bekräftigen, dass er fragt, wie könnte ein Miterbe, der alle Anteile in seiner Hand vereinigt, Eigentümer werden, wenn die Miterben früher keine Eigentumsquoten hätten? Auf diese Frage könnte man auch einwenden, dass neben den personenrechtlichen Anteilen die Gesamthänder (hier Miterben) auch das betreffende Vermögensrecht „insgesamt" haben, welches beim Wegfall der übrigen dem alleinbleibenden Miterben anfällt. Aber auch ohne diese Erklärung sind diese Behauptungen unzulänglich, weil Binder überall übersieht, dass der neue Tatbestand neue Rechtsfolgen bewirkt. — Auch bei der Prüfung der rechtlichen Natur des Erbteilsverkaufs spielen solche Erwägungen eine wichtige Rolle — III S. 92, worüber ausführlich im IV. Kap. — Seinen Argumenten liegt schliesslich der unglückselige Satz zu Grunde: „ex nihilo nihil fit". Es kommt aber darauf an, was ensteht und wie es entsteht? Woraus entstehen denn die Rechte? Man könnte gegen die Existenz aller möglichen Rechte einwenden, dass sie ex nihilo fiunt. Woher entsteht in der Tat das Eigentum an einer herrenlosen Sache oder an einer abgetrennten Frucht? Und noch weiter lässt sich Binders Argumentation führen: „Unmöglich kann ein Niessbrauch oder das Pfandrecht der 2 Hypothekengläubiger des Grundstückseigentümers A entstehen, wenn A selbst den Niessbrauch oder die zwei Hypotheken mit verschiedenem Rang nicht hatte." Und wenn derselbe sein Grundstück an B und C veräussert, so lässt sich das Entstehen der Bruchteile nach Binder nur dadurch erklären, dass A selbst bereits diese zwei (bei drei Käufern werden es drei) Quoten hatte, die frei oder gebunden waren, je nachdem C und B in keinem besonderen Verhältnis oder als socii, Ehegatten zueinander-

§ 5. Anteile an Einzelgegenständen.

I. Sohm behauptet selbst, dass die Gesamtberechtigung sich auf das Vermögen als Inbegriff erstreckt, die einzelnen Sachen sind „nicht als solche, sondern nur als Bestandteile des Inbegriffs gemeinsam“ [1]). Es ist deshalb nicht verständlich, wie er das Gesamtrecht am Ganzen und Anteile an ihm verneint, und nur Anteile an Bestandteilen des Vermögens annimmt. Auch Gierke erkennt diese Anteile, freilich neben den Anteilen am Ganzen an. Es kann aber die Frage aufgeworfen werden, ob diese Anteile zur Konstruktion der Gesamthand erforderlich sind, ob nicht zu ihrem Verständnis die Anteile am Ganzen ausreichen?

Denn was haben diese Anteile an einzelnen Gegenständen für sich? Ihre Notwendigkeit beweist Sohm wiederum durch eine logische Deduktion: die Zuständigkeit eines Rechts für mehrere Subjekte ohne Teilung ist logisch undenkbar [2]). Auch hier muss man sehr vorsichtig sein: das Argument verliert seine Kraft, sobald wir bedenken, dass die Anteile, wie Sohm selbst hervorhebt, mit dem Gesamtrecht nicht identisch sind, das letztere also eigentlich ungeteilt bleibt. Andererseits kann ein Recht mehreren ungeteilt zustehen bei der juristischen Person. „Logisch“ ist eine nicht phy-

---

stehen. Woher sollten sie denn sonst entstehen — ex nihilo nihil fit?! Wenn aber die Rechte aus juristischen Tatbeständen, Rechtsverhältnissen entstehen, so sind alle diese Einwände widerlegt.

[1]) I. S. 67. Die Gesamtberechtigung im Fall des § 2047 II erklärt er als Wirkung der Zugehörigkeit zum Inbegriff.

[2]) Zustimmend Oertmann a. a. O. zu §§ 705 ff. Binder, III, 27 fragt: „Wie kann ein gemeinsames Recht ohne ideelle Teilung gedacht werden?. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 289: „Logisch widersinnig wäre die Annahme eines Gesamteigentums ohne Quoten.“

sische Person ebenso undenkbar, wie die Zuständigkeit eines Rechts für mehrere ohne Teilung. Wenn die Rechtsordnung hier aus praktischen Erwägungen und zur leichteren Konstruktion der Rechtsverhältnisse die wirtschaftliche Vielheit der Berechtigten zu einem Rechtssubjekt — der juristischen Person zusammenschliesst, so kann in anderen Fällen zweckmässiger sein die Unteilbarkeit des Rechts mit einer Mehrheit seiner Träger zu verbinden. Beides ist bei juristischer Begriffsbildung erlaubt und folglich auch logisch zulässig.

Ein stärkerer Beweis wäre das Gesetz selbst: spricht es doch ganz deutlich von Anteilen an den einzelnen Gegenständen und verbietet die Verfügung über sie! Gewiss, aber das Gesetz spricht auch von Anteilen am Ganzen — dem Nachlass, dem Gesellschaftsvermögen und gestattet sogar die Verfügung über den ersten (§ 2033)! Das sollte doch ein viel stärkerer Beweis für die Existenz der Anteile am Ganzen sein und trotzdem wird sie von Sohm geleugnet[1]).

Vielleicht sind die Anteile an Einzelgegenständen, obwohl sie unverfügbar sind, sonst praktisch notwendig? Das sicher nicht: es lässt sich für sie keine praktische Folge nachweisen, sie sind „unfruchtbare Begriffe". Anteile am Gewinn und Verlust der Gesellschaft bestimmen sich ganz unabhängig von ihnen, oft wird die Beteiligung am Verlust anders als beim Gewinn sein. Die Beteiligung an der Verwaltung ist auch von den Anteilen ganz unabhängig. Für ihre Existenz führt man die Teilung (Auseinandersetzung) an: „die Quoten, nach denen schliesslich geteilt wird, müssen schon irgendwie vorhanden gewesen sein; woher sollten sie sonst entstehen?"[2])

---

[1]) I, S. 68: „Es kann überhaupt in Wahrheit keinen Anteil am Vermögen geben, denn das Vermögen als solches ist kein Gegenstand".

[2]) Binder, III, S. 28 f.

Deshalb nimmt man gelegentlich auch „ruhende", „schlummernde" Anteile an, die bei der Teilung erwachen. Dagegen kann man zunächst einwenden, dass diese Quoten ebensogut Anteile am ganzen sein könnten, die bei Auseinandersetzung in eine Summe von Rechten bezw. Bruchteilen (Miteigentum) übergehen. Die Quoten, nach denen geteilt wird, sind aber, m. E., überhaupt keine Rechte, sondern wirkliche arithmetische Brüche, was namentlich bei der Erbengemeinschaft hervortritt, so in §§ 2055, 2056, wo der Erbteil des ausfallenden Erben weder Recht am ganzen, noch an Nachlasstücken sein kann[1]).

II. Die Anerkennung der Anteile an einzelnen Gegenständen führt aber andererseits zu beträchtlichen Schwierigkeiten.

Der Anteil ist nicht Bruchteil, sondern ist personenrechtlicher Natur. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass „die Rechtssätze vom Erwerb und Verlust des Vermögensrechts keine Anwendung finden"[2]). So entsteht der Anteil des Erben am Nachlassgrundstück ohne Auflassung und Eintragung, erlischt aber mit dem Verlust des Erbrechts; ähnlich bei Gütergemeinschaft, bei Aus- und Eintritt in bestehende Gesellschaft. Bei Bildung der Gesellschaft ergeben sich aber Schwierigkeiten: hier werden nämlich die Beiträge erst durch Rechtsgeschäft gemeinschaftliches Vermögen aller Gesellschafter[3]).

Es ist bekanntlich sehr bestritten, wer Subjekt des Anspruchs auf diese Beiträge ist. Dernburg[4]) meint, dass zur Erhebung der Klage die Gesellschaft als solche,

---

[1]) Denselben Sinn hat „Erbteil" auch in §§ 2303 ff., der Berechtigte hat sicher keine Rechte am Nachlass, und in anderen §§. Vgl. Knitschky im A. f. ziv. Pr., B. 91, S. 283 ff.

[2]) Sohm, I, S. 72.

[3]) § 705 BGB.

[4]) B. II, 2. Hälfte, S. 613.

d. h. die Gesamtheit aller Gesellschafter mit Einschluss des Schuldners selbst legitimiert ist: nach Oertmann[1]), Planck[2]) sind es nur die übrigen Gesellschafter. Die erste Entscheidung setzt voraus, dass Beklagter gleichzeitig Kläger sein kann, sie wäre möglich nur dann, wenn die Gesellschaft juristische Person wäre; die zweite wäre begründet, wenn die übrigen Quoten des betr. Rechts (ohne den Anteil des Beklagten) an die Kläger — also nicht an die Gesellschaft — geleistet werden sollten. Alle sind aber darin einig, dass die Leistung des ganzen Rechtsgegenstands und an alle erfolgen soll. Planck sagt a. a. O.: „Die Leistungen sind nicht an den einzelnen Gesellschafter, sondern an die Gesamtheit der Gesellschafter zu machen“[3]).

Oertmann hebt noch ausdrücklich hervor, dass die Uebereignung der beizutragenden Sache auch dann erfolgen muss, wenn sie bisher im gewöhnlichen Miteigentum der Genossen stand: „ihre Einbringung in das gesamthänderische Gesellschaftseigentum bedeutet eine wesentliche Aenderung des bisherigen Rechtsverhältnisses“[4]).

---

[1]) Kommentar, 2. A., § 705, Anm. 3, S. 762.

[2]) Zu § 705, S. 737.

[3]) So auch Oertmann a. a. O., S. 765 sub d.), Staudinger zu § 705, Anm. V, b.

[4]) Bem. 3 zu § 705. — Anders, von seinem Standpunkt ganz konsequent, Nagler, S. 744: Die Illation von Rechten in die Gesellschaft „ist nur eine teilweise Entfremdung des Gegenstandes zu Gesellschaftszwecken mit nur teilweisem Wechsel der Rechtssubjektivität. Der Gesellschafter . . . behält zu seinem Kopfanteil deutschrechtliches Miteigentum.“ Wie kann aber der Gesellschafter dieses deutschrechtliche Miteigentum behalten, wenn er es noch nicht hatte? Die Verfügungsbeschränkung hinsichtlich des ihm verbleibenden Bruchteils sollte daher durch besonderes Rechtsgeschäft erfolgen; wie dieser Vorgang bei einem Grundstück sich gestalten könnte, ist mir nicht klar: zuerst Auflassung und Eintragung der anderen Gesellschafter zu ihren Bruchteilen mit Angabe der Beschränkung (§ 48 GBO.), dann Eintrag derselben Beschränkung für seinen Bruchteil? Der Praxis ist dieses Verfahren fremd geblieben.

Dadurch wird aber in der Tat bewirkt, dass „jeder Gesellschafter für den Bereich seines Gesellschaftsanteils sein eigener Schuldner ist“ (Oertmann, S. 763). Sobald aber die Anteile an Einzelgegenständen weggelassen werden, fallen diese Schwierigkeiten fort: weder die Kläger, noch der Beklagte haben Anteile an dem Beitrag, er fällt in die universitas juris — das Gesellschaftsvermögen.

Bei allen Gemeinschaften zur gesamten Hand vollzieht sich der Rechtsverkehr nach aussen nach gewöhnlichen Regeln. Daraus entstehen wieder bei Annahme der Einzelanteile Schwierigkeiten, so dass in entscheidenden Fällen diese Anteile einfach ignoriert werden müssen. Das zeigt sich bei Anwendung der §§ 932 ff. BGB. auf den Erwerb der Gesamthänder. Das soll an einigen Beispielen bewiesen werden:

A. Die Gesamthänder A, B u. C (Gesellschafter oder Miterben) erwerben vom Nichteigentümer E eine fremde Sache. A u. B sind im guten Glauben, C nicht. Geht auf sie das Eigentum über?

Wären sie Miteigentümer nach Bruchteilen (nach §§ 1008 ff.), so hätten A u. B je zu $^1/_3$ das Miteigentum erworben, und das Drittel des C bliebe dem früheren Eigentümer erhalten. Nehmen wir an, dass auch hier dasselbe geschieht, so gehört zum Gesellschaftsvermögen bezw. zum Nachlass das Miteigentum an der betreffenden Sache zu $^2/_3$ (selbstverständlich kann die Gesellschaft oder die Miterbengemeinschaft mit einem Extraneus Miteigentümer sein). An diesem Recht erwirbt nun jeder Gesamthänder kraft Personenrechts (auf welchen Erwerb §§ 932 ff. nicht anwendbar sind) einen Anteil, so dass A, B u. C je $^2/_9$ des Eigentums haben, m. a. W. der gute Glaube des A u. B kommt dem C zu Nutze und sein böser Glaube schadet ihnen. — Hinsichtlich des letzten Drittels befinden sich aber A u. B im Ersitzungsbesitz und nach Ablauf der Frist werden sie Eigentümer;

an diesem gesamthänderischen Eigentum erlangt aber C wieder einen Anteil, so dass er trotz des bösen Glaubens die Sache mitersitzt. Oder sollen nur A u. B Eigentümer bleiben — als Gesamthänder oder Miteigentümer? Dazu gibt das Gesetz keinen Grund.

Nun tritt D in die Gesellschaft ein. Welchen Anteil erlangt er an der Sache? Sein Erwerb geschieht ohne Rechtsgeschäft, deshalb sind §§ 932 ff. nicht anwendbar, er wird einen Anteil erhalten, selbst wenn er bösgläubig ist. Da aber zur Zeit seines Eintritts die Gesamthand nur zu $^2/_3$ Eigentümerin ist, so kann er nur an diesen $^2/_3$ anteilsberechtigt sein.

Scheidet dagegen A aus der Gemeinschaft aus, so erwirbt im Falle der Accrescenz auch der bösgläubige C einen neuen Anteil an der Sache, und wenn auch B ausscheidet, so erlangt C das Eigentum an der Sache, freilich nur zu $^2/_3$, während sein Drittel jetzt endgültig dem früheren Eigentümer bewahrt bleibt, da C nicht ersitzen kann[1]).

So zeigt sich zwischen den §§ 932 ff. und den Anteilen eine Incongruenz. Letztere heben die Wirkung der ersteren auf, und das führt zu grosser Konfusion.

Viel einfacher gestaltet sich die Rechtslage, wenn der gute Glaube eines Gesamthänders das Eigentum aller

[1]) Dieselben Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Ehegatten A und B (die in allgem. Gütergemeinschaft leben) zusammen erwerben. Anders aber wenn ein Ehegatte noch vor dem Ehevertrag unredlicher Besitzer war oder während des Bestehens der Gemeinschaft ohne Mitwirkung des anderen etwas unredlich erwirbt: in beiden Fällen sollte die Sache ohne rechtsgeschäftliche Uebertragung gemeinschaftlich werden, deshalb finden §§ 932 ff. keine Anwendung und der gutgläubige andere Gatte erwirbt kein Eigentum. So auch die Reichsgerichtsentscheidung bei Gruchot, Bd. 47, S. 667. — Aber auch hier entsteht die Frage, ob der gutgläubige Gatte die Sache (ganz oder zur Hälfte?) ersitzen kann? Sobald er sie ersessen hat, wird sie gemeinschaftlich, und hat der bösgläubige einen Anteil an ihr. Dazu vgl. noch das Beispiel B.

begründet oder umgekehrt der böse Glaube nur eines den Erwerb aller Gesamthänder ausschliesst. Freilich bietet das Gesetz für solche Entscheidungen keinen Anhaltspunkt und darin zeigt sich m E., dass die Gesamthand mit dem ganzen sachenrechtlichen System des BGB. im gewissen Widerspruch steht. — Den letzten Weg schlug auch das Reichsgericht ein[1]) und schloss den Erwerb der gutgläubigen Gesellschaft mit folgender Charakterisierung der Anteile aus: „Wenn man nun auch notgedrungen, weil ein anderes Subjekt nicht vorhanden ist, die einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens ansehen muss, so ist dies doch ein unfruchtbarer Begriff, aus welchem keinerlei Rechtsfolgen deduziert werden können. Denn dies Miteigentum ist keines im gewöhnlichen Sinne“ (S. 144). — Begriffe ohne Rechtsfolgen sind aber für juristische Konstruktionen unbrauchbar, sind eben keine Rechtsbegriffe[2]).

Bei solcher Entscheidung, die mit der Bruchteilstheorie unvereinbar ist, haben aber auch die personenrechtlichen Anteile an Einzelgegenständen keinen Platz. Das Recht steht allen als ganzes ungeteilt zu und kann deshalb nur beim guten Glauben aller erworben werden.

Die Gesamthänder erlangen kein Eigentum an der Sache, sie bleibt aber in ihrem Besitz, und jetzt entstehen dieselben Komplikationen bei ihrer Ersitzung.

B. Wir nehmen jetzt an, dass zum Gesamtvermögen eine Sache gehört, die im Ersitzungsbesitz der Gemeinder

---

[1]) RG.-Entscheidungen, B. 9, S. 143; neueres habe ich über diese doch sehr praktische Frage nicht gefunden.

[2]) Dieselbe Entscheidung bei Staub, Kommentar zum HGB., Anm. 36 zu § 105: „Gutgläubiger Erwerb vernichtet daher auch hier früheres Eigentum . . . wobei jedoch zu bemerken ist, dass schon der böse Glaube des Einbringenden den gutgläubigen Rechtserwerb hindert“.

sich befindet, wobei C im bösen Glauben, A und B gutgläubig sind[1]). Abweichend vom ersten Fall spielt hier der rechtsgeschäftliche Erwerb überhaupt keine Rolle und es kommt nur auf die bona fides der Gesellschafter bei Besitzerwerb an.

Da A und B gutgläubig sind, so können ihre Anteile ersessen werden, sobald das aber geschieht, erlangt C an dem neuerworbenen gesamthänderischen Eigentum einen Anteil. Geschädigt ist wieder der gutgläubige Teil.

Tritt der gutgläubige D in die Gesellschaft ein, so erstreckt sich sein guter Glaube doch auf die ganze Sache, wie soll daher der von ihm zu ersitzende Anteil berechnet werden — von den $^2/_3$, oder von der ganzen Sache, und

---

[1]) Man könnte einwenden, dass nur Rechte Objekt der Gesamthand sind (Sohm, I, S. 65 ff.), mithin der Ersitzungsbesitz nicht zur Rechtsgemeinschaft gehört, oder allgemeiner, er ist kein Bestandteil des Vermögens, also auch nicht des gesellschaftlichen, des Nachlasses. Binder bemerkt ganz richtig (B. I, S. 43) „die Ersitzung gehört nicht zum Vermögen, denn sie ist kein Recht, sondern Vorgang". Es ist aber zwischen Ersitzung und Ersitzungsmöglichkeit — condicio usucapiendi — zu unterscheiden. Erstere ist in der Tat ein Vorgang, etwas dynamisches, das nicht zu einem statischen Komplex gehören kann, letztere dagegen eine „Rechtsposition", „-lage", „unfertiges Recht", wie sie genannt werden; neben anderen solchen Gebilden gehört sie m. E. unbedingt zum Vermögen und somit zur Gemeinschaft. Sonst würde das ganze Institut der accessio temporis unmöglich und jeder „Rechtsnachfolger", wie das Gesetz selbst sagt (§ 943 BGB.), müsste die Ersitzung von neuem anfangen. — Oder man denke sich den Fall, dass A sein Vermögen oder die ihm angefallene Erbschaft verkauft und dabei auch eine in seinen Ersitzungsbesitz gelangte Sache dem B überträgt. Nachdem B durch Ablauf der Frist Eigentümer geworden ist, erfährt A, dass er z. Z. der Uebertragung kein Eigentum an der Sache hatte. Würde die condicio usucapiendi nicht zum Vermögen gehören, so könnte A die Sache nach § 812 BGB. kondizieren, umsomehr als er nach § 2376 für rechtlichen Bestand der Sache nicht haftet.

soll ihm im letzeren Fall der Ueberschuss frei ausserhalb der Gesamthand zustehen [1])?

So führt die Annahme der Anteile zu Schwierigkeiten und wenig befriedigenden Resultaten. Die juristische Konstruktion und das Verständnis der Gesamthand wird durch sie nicht erleichtert, sondern erschwert. Sie sind „Begriffe ohne Rechtsfolgen", und wo sie Rechtsfolgen haben könnten, muss man auf sie verzichten. — Einfacher ist es, wenn wir nur Anteile an dem Ganzen annehmen und auf ihrer Grundlage die Konstruktion der Gesamthand versuchen.

§ 6. Anteil am Ganzen.

I. Das Bestehen der Anteile am Ganzen, am Gesamthandsvermögen, kann für das BGB. formell ebensowenig geleugnet werden, wie das Bestehen der Anteile an Einzelgegenständen, denn das Gesetz spricht von ihnen in §§ 719, 1442, 2032 ff. ganz deutlich. Man kann freilich, wie wir es bei Anteilen an Einzelgegenständen getan haben, ihre konstruktive Brauchbarkeit verneinen. So kommt Sohm (Der Gegenstand, S. 68) zum Ergebnis, „der Anteil am Ganzen sei überhaupt ein unkorrekter Ausdruck und bedeute in der Tat nur die Mitgliedschaft", während Knoke meint, dass man unter den Anteilen am Gesamtvermögen die Anteile an den sämtlichen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens verstehen kann[2])".

---

[1]) Nehmen wir auch hier an, dass der böse Glaube eines Gesamthänders die Ersitzung aller ausschliesst, so sind damit die Zweifel noch nicht erledigt. Was geschieht, wenn der bösgläubige C aus der Gesamthand ausscheidet? Soll erst jetzt die Ersitzung bei A und B beginnen und welches Mass der bona fides (§ 937, Abs. II) in diesem Moment wird von ihnen verlangt? Ein anderer Fall: beide Erben A und B. sind gutgläubig, dann tritt aber an Stelle des B sein Erbe C. Soll infolge seiner mala fides auch der A die Sache verlieren?

[2]) „Das Recht der Gesellschaft", S. 92. Vgl. auch die im § 1 citierten.

Die Ablehnung der Anteile am Vermögen als solchen wird dadurch begründet, dass das Vermögen gar kein Rechtsobjekt ist: „Ein Anteil am Vermögen", sagt Sohm[1]), „ist überhaupt nicht vorstellbar. Anteil bedeutet soviel wie anteilsweise Berechtigung (Teilzuständigkeit eines Vermögensrechts, eines Gegenstandes, § 741). Das Vermögen ist aber kein Vermögensrecht. Es erscheint darum auch im BGB. weder als Verfügungsgegenstand, noch als Rechtsgegenstand." Noch schärfer drückt diesen Gedanken Binder[2]) aus: „Das bürgerliche Recht kennt keine universitas juris, wenigstens nicht in der Bedeutung eines einheitlichen Rechtsobjekts. Das Vermögen ist nach dem BGB. nicht eine Einheit, sondern eine Vielheit, eine blosse Summe, welche den äusseren Schein der Einheit nur durch das gemeinsame Subjekt der einzelnen Summanden erhält." Aehnlich Oertmann: „Das Vermögen als Ganzes ist zweifellos nicht Gegenstand eines besonderen Rechts, also auch nicht eines Anteilsrechts[3])".

Dagegen lässt sich aber vieles einwenden:

1. Gewiss ist das Vermögen kein Vermögensrecht in dem Sinne, dass es zum Vermögen selbst gehörte; das Vermögen im juristischen Sinn besteht nur aus Vermögensrechten, Rechtspositionen und Verpflichtungen. Es ist aber wohl denkbar, dass die Gesamtheit dieser Rechte und Pflichten selbst wieder ein Objekt ist, dass an ihr ein einheitliches Herrschaftsrecht besteht.

2. Nicht richtig ist die Behauptung, das Vermögen sei bloss Summe von Rechten, die nur den Schein einer Einheit hat. Vielmehr hat das Vermögen in seiner Einheit tiefgehende Wirkung im geltenden Recht; als Objekt eines Forderungsrechts, eines Niessbrauchs ruft es be-

[1]) a. a. O., S. 69. Dazu vgl. auch das erste Kapitel.

[2]) Rechtsstellung, III, 19.

[3]) Vorbem. zu §§ 705 ff., S. 760; Nagler, S. 720

sondere Rechtsfolgen hervor und wird auch sonst im Sachen-, Familien- u. Erbrecht als Einheit behandelt[1]).

3. Noch weniger trifft es zu, wenn Binder die Einheit des Vermögens nur in seinem Subjekt sieht. Gerade bei Gesamthandsvermögen ist es anders, und das Vermögen steht mehreren Subjekten zu. Andererseits können mehrere Sondervermögen einem Subjekt zustehen[1]).

4. Vor allem aber, wo findet sich im BGB. der Satz, das Vermögen sei kein Rechtsobjekt? Doch nirgends! Dies könnte man nur durch die Gesamtheit der Rechtssätze des BGB. beweisen; dass aber bei ihrer Analyse sehr vieles für die Anerkennung der universitas juris spricht, wurde im ersten Kapitel ausgeführt. Es sei hier nur noch auf Oertmanns Beweisführung näher eingegangen. Wäre das Vermögen Rechtsobjekt, so „müsste es nach § 823, Abs. 1 als solches gegen Beschädigungen geschützt sein, was zweifellos nicht der Fall ist[2])."

Es ist in der Tat allgemein anerkannt, dass der § 823 I sich auf Beschädigungen des Vermögens als solchen nicht bezieht, aus dem Wortlaut des § 823 I folgt es aber nicht. Die Fassung dieses Paragraphen ist bekanntich nicht musterhaft[3]), das Gesetz zählt hier als Schutzobjekte Lebensgüter auf, die sicher keine Rechtsobjekte sind[4]), dann ein dingliches Recht — das Eigentum, und — „sonstige Rechte". Aus der vorhergehenden Aufzählung lässt sich nicht bestimmen, was für Rechte damit gemeint sind. Die Praxis und die herrschende Ansicht in der Literatur

[1]) Vgl. das erste Kapitel.

[2]) Vorbem. zu § 705, S. 760; Bem. zu § 823, S. 945 (Bem. 3 f).

[3]) Vgl. Lenel, „Zum Begriff der unerlaubten Handlung im BGB.", DJZ., B. 2, S. 409 ff., namentl. Anm. 1 (Jahrg. 1897). Dernburg, II 2, S. 698 sagt über § 823 I „In Wahrheit wurde ein Tummelplatz für Streitfragen geschaffen".

[4]) Rechte am oder auf Leben, Gesundheit, Freiheit existieren nicht, weder als private, noch als öffentliche. Vgl. zu dieser Frage Oertmann § 823, Bem. 3.

verstehen darunter sonstige absolute Rechte, nicht nur Vermögens-, sondern auch Familienrechte; aber auch der Besitz wird nach herrschender Lehre durch § 823 Abs. I geschützt. Doch kann ich darin keinen Grund einsehen, warum das Herrschaftsrecht am Vermögen nicht geschützt werden soll? Es ist doch ebenfalls ein absolutes Recht. Dabei ist noch zu beachten, dass dadurch die Haftung nach § 823 I keineswegs über die heutige Praxis hinaus erweitert wird. Das juristische Vermögen besteht aus Rechten, Rechtspositionen und Schulden. Letztere können natürlich nicht verletzt werden [1]), erstere sind schon jetzt durch § 823 I geschützt[2]). Wird ein Sondervermögen als ganzes entwendet usw, z. B. A verfertigt ein falsches Testament, wodurch der Erbe B um die Erbschaft gebracht wird, so ist ein Recht, welches zum Gesamtvermögen gehört, verletzt — in diesem Beispiel das Erbrecht, es kann auch Verwaltungs-, Nutzniessungsrecht des Vaters, des Ehemanns usw. sein, und der Verletzte wird durch § 823 I geschützt. Verletzung des Gesamtvermögens im juristischen Sinn ist m. E. undenkbar[3]).

[1]) Eigentümlich Binding, Lehrbuch. I, S 238, Anm.: der Verletzende bezweckt nicht selten, sich von Schulden zu befreien — verletzt ist aber der Gläubiger, also die Verletzung der Forderung und nicht der Schuld ist es, die schadensersatzpflichtig macht.

[2]) Verletzung obligatorischer Rechte durch Dritte ist wohl unmöglich. Vgl. statt aller Oertmann, zu § 823, S. 943—945.

[3]) Folgendes Beispiel soll noch angeführt werden: Der Vormund der minderjährigen Ehefrau unterschlägt ihr ganzes Vermögen. Hier ist auch der Ehemann geschädigt und geniesst den Schutz des § 823 I — das Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht am Vermögen ist ein absolutes Recht! Die Frau ist aber durch die spezielle Vorschrift des § 1833 I geschützt. Dieser geht aber über den Schutz des juristischen Vermögens hinaus; hat z. B. der Vormund vorsätzlich eine Sache der Mündel unter dem Wert verkauft, so ist nur das wirtschaftliche Vermögen geschädigt und auch dieses ist durch § 1833 I geschützt. — Auch das Beispiel Oertmanns zu § 823, Bem. 3 f. betrifft das wirtschaftliche Vermögen.

Kein Gegenbeweis sind die §§ 823 Abs. II—826, sowie die speziellen Schutzgesetze, da überall Güter in Frage kommen, die möglicherweise zum wirtschaftlichen, aber nicht zum juristischen Vermögen gehören, so dass ihre besondere Erwähnung auch dann erforderlich ist, wenn das Recht am juristischen Vermögen als ganzem durch § 823 Abs. I geschützt ist[1]).

Aber selbst wenn das Recht am Vermögen durch § 823 I nicht geschützt wäre, könnte das nur gegen die Fassung dieser Vorschrift sprechen, nicht aber die Existenz des durch andere Vorschriften bezeugten Rechts widerlegen.

Dass namentlich beim Vermögen der Gemeinschaften zur gesamten Hand dieses Recht am Ganzen zum Vorschein kommt, wurde schon im I. Kap. erwähnt; es zeigt sich im Erwerb per universitatem, sowie in der Surrogation. Sollte die Universalsuccession bloss Summe einzelner Erwerbsgeschäfte sein, so müssten dabei auch die Formvorschriften der §§ 313, 925 BGB. usw. Anwendung finden; dagegen geschieht der Erwerb sogar mündlich — z. B. beim Eintritt in eine Gesellschaft, welche auch Grundstücke in ihrem Vermögen hat[2]). Auch könnte die Erklärung, die Singularsuccession habe keinen Sinn mangels eines Tradenten nur bei Erbfolge, nicht aber

---

[1]) So sind der Kredit (§ 824), die weibliche Geschlechtsehre (§ 825) keine Bestandteile des juristischen Vermögens, auch nicht das gebrochene Bein im oft angeführten Beispiel zu § 823 II (der Hausbesitzer streut trotz Polizeiverordnung keinen Sand auf das Trottoir, ein Passant kommt dadurch zum Fall und bricht sich das Bein).

[2]) Vgl. RG.-Entscheidungen, B. 65, S. 227 ff. u. 68, S. 410 ff. — in beiden Fällen wurde die formlose Abtretung eines Anteils an einem Grundstücke enthaltenden Vermögen der offenen Handelsgesellschaft für gültig erkannt. Hellwig (Wesen usw. der Rechtskraft, S. 207) verneint trotzdem die Gesamtnachfolge bei Eintritt eines Gesellschafters.

bei Eintritt eines Gesellschafters oder bei Gütergemeinschaft ausreichen. Wird aber ein einheitliches Recht am Ganzen übertragen, so können weder die Formvorschriften, noch die Rechtssätze über den Erwerb einzelner Gegenstände zur Anwendung kommen.

Auch die Surrogation in das Gesamthandsvermögen, wie auch in andere Vermögen, z. B. im Erbrecht § 2019[1]), erklärt sich aus diesem einheitlichen Herrschaftsrecht am Vermögen, welches trotz des Willens des Handelnden ein Recht in die Herrschaftssphäre hinübergehen lässt.

Ausführlicher müssen wir eine Erscheinung besprechen, die oft gerade für das Wesen der Gesamthand gehalten wird — die Accrescenz. Dabei muss man zwei Fragen auseinanderhalten: Was ist die Accrescenz? und: Wann tritt sie ein?[2])

a) Die Accrescenz besteht nun darin, dass der freigewordene Anteil eines Gesamthänders den andern ipso jure anwächst, und umgekehrt verringern sich beim Eintritt eines neuen Mitglieds die Anteile der Uebrigen zu seinen Gunsten — Decrescenz.

Vorbedingung dieser Erscheinung ist, dass der Ausscheidende seinen Anteil mit dem Austritt ohne weiteres verliert. Vom Standpunkt der personenrechtlichen Theorien ist es leicht erklärlich, da seine Berechtigung nur durch das Personenrecht bedingt ist: mit seinem Verlust (z. B. Austritt aus der Gesellschaft) erlischt auch die Berechtigung. Dass diese Konstruktion mit dem Gesetz im Einklang steht, zeigt auch das Verfahren bei der Liquidation, Auseinandersetzung, Teilung. Da die Gemeinschaft erlischt, so würden die Mitglieder mit Verlust des Per-

[1]) Ueber Surrogation handelt ausführlich Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im BGB., Marburg 1905, ohne jedoch auf unsere Frage einzugehen.

[2]) Nur auf diese Frage beziehen sich Binders Ausführungen (III, S. 38 – 42); deshalb sind sie nicht durchschlagend.

sonenrechts auch ihre Anteile verlieren; deshalb müssen die Einzelrechte von der noch bestehenden Gesamthand auf ihre Mitglieder durch Rechtsgeschäft übertragen werden; die eventuellen Bruchteile (wenn ein Recht mehreren oder allen Genossen zusammen übertragen wird) sind nicht die alten Anteile, sondern neue, ganz selbständige Quoten des betr. Vermögensrechts[1]).

Die Bruchteilstheorie findet für diese Erscheinungen keine Erklärung. Hier hätten bei Erlöschen der Gemeinschaft ihre früheren Mitglieder dadurch ohne weiteres die Verfügungsfreiheit über ihre Bruchteile erlangt, und der Ausscheidende könnte nur durch rechtsgeschäftliche Uebertragung seinen Anteil verlieren.

Und keine Erklärung hat diese Theorie auch für die nach dem Austritt erfolgende Anwachsung. Durchaus unrichtig ist Naglers Meinung, jeder Gesamthänder sei „an sich auf das ganze berechtigt und nur durch das Zusammentreffen der Mehreren werde eine Quotenbeteiligung heraufgeführt“[2]). Nach seiner Auffassung sollen die Bruchteile

---

[1]) Vgl. die Entscheidung des RG., B. 57, S. 432 ff. Bei der Auseinandersetzung zwischen Miterben soll das Nachlassgrundstück im Miteigentum aller Erben bleiben: dazu bedarf es der Auflassung, und der Auseinandersetzungsvertrag selbst unterliegt der Formvorschrift des § 313 BGB.

Dagegen widerspricht Gierkes Bemerkung, die Anteile an den einzelnen Gegenständen „schlummern nur und werden, wenn nichts anderes vereinbart ist, nach Wegfall der gesamten Hand als Bruchteile wirksam“, seiner eigenen Theorie und ist unrichtig: wären es gewöhnliche (dingliche) Bruchteile, so „könnte die obligatorische Vereinbarung (z. B. des Austritts) an ihrer Wirksamkeit gar nichts ändern“. — Vgl. „Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht“ im Archiv für bürgerliches Recht, B. XIX, S. 125.

[2]) a. a. O. S. 723. — Der Satz: „concursu fiunt partes“ ist m. E. für die Bruchteilsgemeinschaft nicht richtig, wenn damit die grundsätzliche Berechtigung auf das ganze ausgedrückt werden soll. Veräussert der Alleineigentümer A dem B eine Quote seines Rechts, so ist dieser von Anfang an nur auf diese Quote berechtigt.

feste, unveränderliche Quoten des Rechts, wie sie es in der Tat bei Miteigentum sind[1]), sein; deshalb wäre die Accrescenz ausgeschlossen und wenn — aus unerklärlichen Gründen — der Ausscheidende seinen Anteil verloren hätte, so wäre dieser herrenlos. „Wie ein Fluidum ergiessen sich ipso jure die verbleibenden Quotenrechte über den frei gewordenen Raum", sagt Nagler, (S. 741); seine Bruchteile sind aber feste und nicht flüssige Körper!

Die Erklärung der Accrescenz durch die personenrechtliche Theorie ist dagegen sehr leicht: jedes zum Vermögen gehörende Recht steht der Gesamthand als solcher zu, unabhängig vom Bestand der verbundenen Genossen, so dass beim Ausscheiden eines Mitglieds die übrigen in ihrer Verbindung Rechtssubjekte bleiben; die Rechte (Anteile) am Vermögen sind keine festen Bruchteile, ihre Grösse bestimmt sich nach dem Personenrecht: wo es für den Ausscheidenden keinen Ersatzmann eintreten lässt, muss daher der freie Anteil den übrigen anwachsen — in welcher Weise das geschieht, bestimmt wieder das zugrunde liegende Rechtsverhältnis.

b. Dieses kann aber so geartet sein, dass die Accrescenz überhaupt nicht eintritt. In diesem Sinne ist es richtig, dass die Accrescenz für die Gesamthand nicht wesentlich ist[2]). Das geschieht nämlich dann, wenn an Stelle des

[2]) Sonst müsste die Accrescenz auch bei ihm eintreten, was jedoch nicht zutrifft. Wenn der Miteigentümer A sein Recht aufgibt, so wird sein Bruchteil herrenlos (§ 958 BGB.). Wären B und C ursprünglich auf das Ganze berechtigt, so müssten sich ihre Bruchteile jetzt von je $^1/_3$ auf die Hälfte erweitern. Das Gesetz sagt es aber nicht und es ist allgemein anerkannt, dass der Anteil des A, als herrenloser, von jedem Dritten angeeignet werden kann. — Vgl. Martin Wolff, „Der Mitbesitz nach dem Rechte des BGB. in Iherings Jahrbücher, Bd. 44., S. 194—196 und Kommentare von Biermann, Staudinger zu § 958 BGB.

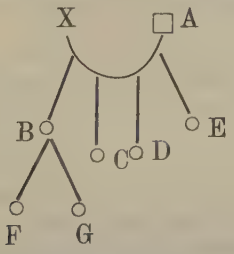
[2]) Binder, III, S. 38—42. Seine Ausführungen beweisen nur diese Tatsache, dagegen gibt er keine Erklärung der Accrescenz, wenn sie stattfindet.

Ausscheidenden ein neues Mitglied in die Gesamthand eintritt, sei es als Rechtsnachfolger des Ausgeschiedenen, sei es kraft eigenen Rechts; oder wenn beim Ausscheiden eines Mitglieds die Gesamthandsgemeinschaft aufgelöst wird (z. B. beim Tode eines Gesellschafters nach § 727 I. oder des überlebenden Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft, § 1494). In diesen Fällen fehlt es an der Voraussetzung der Accrescenz — an dem Freiwerden eines Anteils. Aber selbst wenn die Anwachsung stattfindet, braucht sie nicht unbedingt bei allen Mitgliedern zu gleichen Teilen zu erfolgen, massgebend ist das Personenrecht; der Gesamthand ist nur die Möglichkeit der Accrescenz wesentlich, nicht aber, wie und wann sie eintritt[1]).

II. Das Recht am Vermögen (Anteil) ist in seiner Entstehung, Grösse, rechtlichen Schicksalen von dem der Gesamthandsgemeinschaft zu Grunde liegenden Rechts-

---

[1]) Ein Beispiel soll die Mannigfaltigkeit der Accrescenzfälle zeigen: Gesetzliche Erben des X sind: seine Ehefrau A und die Kinder B, C, D, E. — B schlägt die Erbschaft aus, sein Erbteil fällt den F und G an, welche ihn kraft eigenen Rechts als Erben



des X erhalten; schlägt auch F aus, so wächst sein Anteil ($^{8}/_{32}$) nur dem G an, nicht den übrigen. C stirbt nach dem X, sein Anteil geht auf seinen Testamenterben H über, der kein Erbe des X ist, sondern als Rechtsnachfolger des C den Erbteil erwirbt; D verkauft und überträgt seinen Anteil dem K — auch hier keine Accrescenz; erst wenn E ausschlägt, tritt zu Gunsten der B, C, D (bzw. G, H, K) Accrescenz ein, von der A ausgeschlossen ist!

verhältnis, vom Personenrecht abhängig. Man könnte deshalb geneigt sein, das Recht am Vermögen mit dem Personenrecht zu identifizieren; dann wäre auch die Anerkennung der universitas juris nicht notwendig. So in der Tat Sohm: der Anteil am Vermögen bedeute die Mitgliedschaft.

Dagegen spricht aber folgendes:

1. Der Inhalt des Personenrechts ist viel weiter, als blosse Berechtigung am Vermögen; es gewährt seinem Träger verschiedene andere Rechte und legt ihm Pflichten auf, die mit dem Vermögen nichts zu tun haben. So geht das Personenrecht des Ehegatten weit über das Recht am Vermögen hinaus, kann mit verschiedensten vermögensrechtlichen Gestaltungen verbunden werden (Gütertrennung usw.).

2. Das Personenrecht kann ohne jegliches Vermögen entstehen und sogar bestehen. Das erste geschieht bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff. BGB.), wo erst das künftige Vermögen gemeinschaftlich werden soll, während die Gemeinschaft, als personenrechtliches Verhältnis, mit dem Vertrag entsteht. Noch wichtiger ist es, dass die Gesellschaft auch ohne Vermögen bestehen kann, z. B. ein Verein für wissenschaftliche Vorträge, der keine Beiträge erhebt, oder ein Turnverein, der städtische Turngeräte benützt usw[1]).

---

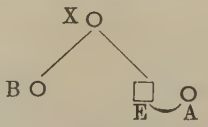
[1]) Vgl. Endemann, I, S. 1136, anders Dernburg, II, 2, S. 606. — Dagegen hat die Gesellschaft schon dann ein Vermögen, wenn alle Beiträge nur quoad usum gemacht sind. Es entsteht dabei die Frage, ob das Verfügungsverbot sich auch auf die quoad usum beigetragenen Sachen erstreckt. Dafür Joerges (Z. f. Handelsrecht, B. 51, S. 61) und mit ihm Binder (III, S. 22, Anm. 40), woraus sie für ihre Theorie wichtige Unterstützung und weitere Folgen ableiten. M. E. ist es aber unrichtig und beruht auf Verwechslung des Rechts mit seinem Gegenstand, zu welcher auch die Fassung der §§ 706 II und 719 Anlass gibt: Es ist zu-

Vor allem aber:

3. Das Recht am Vermögen ist nicht notwendig mit dem Personenrecht selbst verbunden, es kann vielmehr einem Subjekt zustehen, welches selbst kein Personenrecht hat, auch gar nicht haben konnte. Dafür einige Beispiele:

a.) Der Gesellschafter A geht mit der E eine gütergemeinschaftliche Ehe ein; dadurch wird das Vermögen der Ehegatten, also auch das Recht des A am gesellschaftlichen Vermögen gemeinschaftlich, jetzt steht es auch der E zu, dagegen ist sie keine Gesellschafterin der B, C und D geworden, sie ist am Personenrecht nicht beteiligt.

b.) Aehnlich ist es, wenn ein Ehegatte Erbe wird; auch dann hat der mit ihm in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende andere Ehegatte kein Erbrecht, obwohl der Erbteil zum gemeinschaftlichen Vermögen gehört.



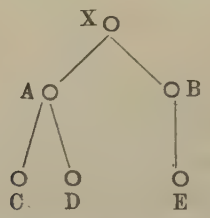
Ist E Miterbin ihres Bruders B, so steht zwar das Recht am Nachlass (der Anteil) beiden Ehegatten A und E ge-

---

nächst möglich, dass nicht das Eigentum („die Sache"), sondern ein anderes Recht an der Sache quoad sortem beigetragen wird, z. B. eine Servitut zu Gunsten eines Gesellschaftsgrundstücks oder der Niessbrauch an einem Grundstück des beitragenden Gesellschafters A. Hier kann er zweifellos über die „Sache" selbst verfügen, also Hypotheken, andere Servituten bestellen, oder das Grundstück sogar veräussern. Er kann aber die Sache bloss zur Benutzung überlassen, z. B. der Gesellschaft Bureauräume in seinem Hause überlassen. Soll dadurch wirklich sein Recht das Haus zu veräussern oder zu verpfänden ausgeschlossen werden? Sicher nicht! Fraglich ist, ob bei Veräusserung § 571 BGB. zu Gunsten der Gesellschaft Anwendung findet; man wird ihn doch analog anwenden können, obwohl im allgemeinen die §§ 535 ff. auf quoad usum überlassene Sachen nicht passen. — Vgl. dazu Knoke, Recht der Gesellschaft S. 30 und Kipp bei Windscheid, 9. A., Bd. II, S. 786.

meinsam zu, aber nur die E ist Erbin, nur sie kann erbunwürdig werden, ausschlagen usw. — (Ganz deutlich zeigt sich der Unterschied, wenn E Alleinerbin ist: in diesem Fall steht der Nachlass beiden Ehegatten gemeinsam zu, trotzdem entsteht keine Erbengemeinschaft. A ist nicht Miterbe und E bleibt nach wie vor Alleinerbin[1])!)

c.) In beiden Fällen griff eine Gesamthandsgemeinschaft in die andere ein, und man könnte aus ihren Eigentümlichkeiten diese Fälle erklären wollen. Es ist aber möglich, dass das Recht am Vermögen nicht infolge eines anderen Gesamthandsverhältnisses auf Dritte übergeht. Dies geschieht in dem sehr wichtigen Fall, wo vor Beendigung der Erbengemeinschaft ein Mitglied derselben stirbt und von seinen Erben beerbt wird. Zweifellos geht auf C und D der Anteil des A am X'schen Nachlass über, und



ganz sicher ist es, dass C und D nicht Erben des X sind, dass sie keine Miterben des B sind; und wenn auch B vor der Auseinandersetzung stirbt und sein Anteil auf den E übergeht, so stehen sämtliche Anteile Personen zu, die zwischen sich nicht Miterben sind. Und doch folgen ihre Anteile den Vorschriften der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand[2]).

---

[1]) Die Frau darf ohne Zustimmung des Mannes die ganze Erbschaft annehmen oder ausschlagen, was unmöglich wäre, wenn auch er das Erbrecht hätte (§ 1453 BGB.).

[2]) Eingehend über diesen Fall im III. Kap.; dort wird der Beweis geführt, dass C, D, E nicht Erben des X und nicht Miterben sind.

So ist das Recht am Vermögen als einer universitas juris vom persönlichen Recht der Genossen verschieden. Es ist ein besonderes Herrschaftsrecht, das vom Eigentum und anderen Sachenrechten gänzlich verschieden ist, weshalb sie neben ihm weiter bestehen können. — Neben diesem vollen Herrschaftsrecht, das wir bei Gesamthandsvermögen (und beim Erbgang) finden, können auch „beschränkte" Rechte am Ganzen entstehen, so das Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht des Ehemannes, der Eltern, sowie das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers, vielleicht auch des Nachlass- und Konkursverwalters.

Diese Rechte am Vermögensganzen äussern sich im rechtlichen Verkehr nur unter gewissen Voraussetzungen, nämlich:

a.) wenn das Vermögen mehreren Subjekten gemeinsam zusteht, oder

b.) nicht von seinem Träger verwaltet wird, und

c.) beim Wechsel des Subjekts (Erbgang).

Regelmässig gehört aber das Vermögen nur einem Rechtssubjekt und wird auch nur von ihm verwaltet. Hier kann die Scheidung zwischen dem Recht am Vermögen als ganzen und den einzelnen Rechten keinen praktischen Zweck für den Rechtsverkehr haben und ist deshalb entbehrlich.

III. Kap. Das Erbrecht.

§ 7. Das Erbrecht im subjektiven Sinn.

I. Wenn die Unterscheidung zwischen dem Personenrecht und Recht am gemeinschaftlichen Vermögen in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand berechtigt ist, so muss man in der Erbengemeinschaft das Erbrecht vom Recht am Nachlass trennen. Andererseits haben wir im ersten Kapitel gesehen, dass das Erbrecht und nicht die Erbschaft der Grundbegriff des V. Buches des BGB. ist. — Jetzt müssen wir das Wesen des Erbrechts näher unter-

suchen, zugleich um die Richtigkeit der Trennung zwischen dem Recht am Nachlass und dem Personenrecht des Erben unabhängig von der Auffassung der gesamten Hand zu beweisen.

Eine gesetzliche Definition des Erbrechts ist nicht vorhanden. Im § 1922 bestimmt das BGB. nur die Wirkung des Erbrechts: das Vermögen des Verstorbenen geht auf den Erben über[1]).

In der Literatur gehen die Definitionen weit auseinander:

Frommhold[2]) fasst es auf als „einen durch das Erbrecht im objektiven Sinn gewährten Anspruch, eine Willensmacht erbrechtlichen Inhalts", während Erbrecht im objektiven Sinn die „Gesamtheit der Grundsätze, durch welche der Uebergang des Vermögens eines Verstorbenen auf andere Personen geregelt wird", ist.

Nach Herzfelder[3]) bedeutet es „entweder das Recht auf die Nachfolge in die Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen, d. h. auf die Erbschaft, oder aber die rechtliche Stellung als Erbe"; ähnlich auch Landsberg[4]): Erbrecht im subjektiven Sinn ist „das Recht des Erben aus dem Erwerb der Erbschaft", während nach Dernburg[5]) Erbrecht „das Recht eines Individuums auf die Hinterlassenschaft eines Verstorbenen" ist. Wieder anders Endemann[6]): Erbrecht im subjektiven Sinn sind „die dem einzelnen Rechtssubjekte an einer bestimmten Erbschaft zu-

---

[1]) Den Ausdruck „Erbrecht" verwendet das BGB. ziemlich selten. Das geschieht in den §§ 511, 1483 II, 1511 II, 1759, 1767, 1933, 1935, 1965, 2018, 2346. 2349, 2350, 2353 ff., 2376 u. a. 139 EG. — Gelegentlich wird „Erbrecht" im objekt. Sinn gemeint, so z. B. in der Ueberschrift des V. Buches.

[2]) Kommentar, S. 1.

[3]) Staudingers Kommentar, 3./4. A., B. V, S. 2 oben.

[4]) Lehrbuch des BGB., S. 1041.

[5]) Das bürgerliche Recht usw., B. V, 2. A., S. 1.

[6]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, B. 3, S. 1, 3./5. A.

stehenden Rechte, die aus der Berufung zur Erbfolge erwachsenen erbrechtlichen Ansprüche". Nach Enneccerus-Lehmann [1]) ist es „das subjektive Recht auf Eintritt in die Gesamtheit der Vermögensbeziehungen des Verstorbenen"; „es ist ein absolutes und zugleich ein dingliches Recht, und zwar ein qualifiziertes dingliches Erwerbsrecht an der Erbschaft" (welches mit dem Jagdrecht verglichen wird!). Biermann[2]) meint, das Erbrecht sei ein Vermögensrecht (S. 377), „der Erbe und der Nacherbe haben ein absolutes Recht am Nachlass". Crome[3]) definiert das Erbrecht als „ein spezifisches Recht an dem Vermögensinbegriff für den Fall des Versterbens des bisherigen Vermögensinhabers. Es ist ein absolutes Recht eigener Art, bestehend am Vermögen als rechtlicher Einheit".

Binder fasst bekanntlich den Vermögensbegriff des § 1922 sehr eng auf, und da auf den Erben zweifellos Schulden, Rechtspositionen und manche Rechte übergehen, die er nicht zur Erbschaft zählt, so muss er zwischen den Rechten des Erben und Rechten der Erbschaft unterscheiden (I, S. 51). Sein Standpunkt ist überhaupt nicht ganz klar; seine Auffassung des Erbrechts gibt am besten folgende Aeusserung wieder: „Wir müssen das Erbesein und das Recht am Nachlass unterscheiden; das letztere fliesst aus dem ersteren, aber dieses greift über jenes hinaus" (III, S. 89).

Im Gegensatz zu den meisten definiert Sohm das Erbrecht als „ein Statusrecht (personenrechtliches Recht). Es macht die Eigenschaft eines Verwandten, bezw. eines Bedachten geltend[4])." „Das Erbrecht ist niemals ein Vermögensrecht, d. h. es bedeutet niemals einen Ver-

[1]) Das bürgerliche Recht, 2. A., B. II, S. 615 u. 638.
[2]) Bürgerliches Recht, I, S. 104.
[3]) System des deutschen bürgerlichen Rechts, B. I, S. 171.
[4]) II, S. 185 f. (Archiv für bürgerl. Recht, B. 28).

mögensbestandteil neben den infolge des Erbrechts erworbenen Vermögensrechten [1])".

II. Fassen wir alles zusammen, so wird das Erbrecht definiert entweder als ein Anspruch, oder als das Recht auf das hinterlassene Vermögen, oder als ein absolutes (dingliches) Recht an der Erbschaft, oder schliesslich als eine Willensmacht, als rechtliche Stellung des Erben.

Das letzte ist sicher richtig, aber es gilt doch zu ermitteln, worin diese rechtliche Stellung besteht. Es ist doch klar, dass ein und dasselbe Recht nicht zugleich ein Recht auf das Vermögen und am Vermögen sein kann; entweder ist es ein obligatorisches oder ein absolutes. Noch weniger ist seine Identifizierung mit dem Anspruch möglich, was jedoch am häufigsten geschieht. Dabei müsste dieser Anspruch näher bestimmt werden. Das BGB. kennt einen besonderen erbrechtlichen Anspruch — die hereditatis petitio — im § 2018, wobei lebhaft gestritten wird, ob es wirklich ein besonderer Gesamtanspruch [2]), oder bloss Summe der gewöhnlichen, aus Einzelrechten entstehenden Ansprüche [3]) ist. Die Entscheidung kann erst nach der Bestimmung des Erbrechts erfolgen, da der Anspruch das Erbrecht schon voraussetzt, aus dem er sich ergibt, so dass das Erbrecht im subjektiven Sinne unmöglich mit diesem Anspruch zusammenfallen kann. Ist es aber ein anderer Anspruch, so müssen wir fragen, gegen wen richtet er sich? Ebenso bei dem „Recht auf Nachfolge, auf das Vermögen" („für den Fall des Versterbens") — wer ist der Verpflichtete, der Erblasser oder Dritte [4])? Soll es aber ein absolutes Recht am Ver-

[1]) III, S. 374 (Iherings Jahrbücher, B. 53).

[2]) Langheineken, Anspruch u. Einrede, S. 156; Strohal, II, S. 376.

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 53; Binder, III, S. 375.

[4]) Auch das Reichsgericht spricht oft von diesem Erbanspruch, ohne jedoch ihn näher zu definieren oder zu sagen, wer der Verpflichtete ist. Vgl. die Entscheidung im B. 61, S. 76–78: der Erbin

mögen sein, so muss man bedenken, dass mit Ausnahme Biermanns niemand von den oben aufgezählten Schriftstellern das Vermögen als universitas juris anerkennt, dass alle ein Recht am Vermögen sonst ablehnen.

III. Die Widersprüche in der Begriffsbestimmung könnten darin ihre Erklärung finden, dass das Gesetzbuch selbst unter Erbrecht verschiedenes versteht, nämlich:

1. Anwartschaft auf die künftig eintretende Erbfolge, so in den §§ 312, 511, 1822, 2346 ff.

2. In anderen §§ ist es zweifellos bereits verwirklichtes Erbrecht, so in §§ 1483 II, 1933, 2018, 2353 ff., 2376.

So könnte man in der Tat zwischen dem Erbrecht als der „Aussicht jemandes auf Grund des Gesetzes oder einer Verfügung von Todeswegen Erbe eines zur Zeit noch Lebenden zu werden" und dem Erbrecht als jus successionis, „der infolge des definitiven Erwerbes sich ergebenden rechtlichen Stellung des Erben" unterscheiden[1]).

Ausser diesen 2 Arten des Erbrechts findet Strohal aber noch zwei andere, nämlich:

3. das jus succedendi — das Recht des Erben „den vorläufig nur provisorisch eingetretenen Erbschaftserwerb durch Annahme zum definitiven zu machen oder aber die Erbschaft auszuschlagen", und

4. endlich ist Erbrecht auch „die vererbliche Anwartschaft des als Nacherbe eingesetzten auf den künftigen Eintritt des Falles der Nacherbfolge".

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass das jus suc-

---

stand „nur ein Erbanspruch auf das Vermögen ihres Erblassers als Ganzes zu, das Aktiva und Passiva umfasst, und da sie nicht einzige Erbin, sondern Miterbin ist, ein Anspruch auf ihren Erbteil". Aber gegen wen — die Miterben? Zutreffend bemerkt das RG.: „Einen Erbanspruch oder ein Erbrecht an einem Bestandteil des Nachlasses, der Erbschaft, gibt es begrifflich und nach dem Recht des BGB. nicht."

[1]) Strohal, B. I, S. 34 und 35.

cedendi nicht ein neben dem jus successionis und dem Recht des Nacherben bestehendes Erbrecht ist, sondern es ist beiden als vorübergehendes Stadium gemeinsam, (auch der Nacherbe kann mit dem Erbfall ausschlagen — § 2 142I).

Aber auch sonst ist diese Unterscheidung nicht befriedigend. Zunächst wäre die Ausscheidung des jus succedendi als ein besonderes Erbrecht nur dann berechtigt, wenn das BGB. die römische aditio hereditatis übernommen hätte. Dann bestünde das Erbrecht zuerst in der Tat nur in der Möglichkeit anzunehmen oder auszuschlagen. Nach § 1942 ist es aber von Anfang an ein volles jus successionis, der Ablauf der Ausschlagungsfrist oder die ausdrückliche Annahme ändern die rechtliche Stellung des Erben nur in einem Punkt — § 1958, jetzt können die Ansprüche auch gegen ihn selbst gerichtet werden. Hat aber der Erbe ausgeschlagen, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt — § 1953I[1]).

[1]) Cosack (II, § 399I, Zif. 3, S. 820) meint sogar, dass gegen ihn hereditatis petitio nach § 2018 möglich ist; so anscheinend auch Binder, I, S. 154 „Vielmehr hat dann der definitive Erbe die Wahl, ob er den früheren Erben mit der Klage aus der Geschäftsführung . . oder mit der Erbschaftsklage" belangen will. So auch Herzfelder bei Staudinger zu § 1953, Bem. 2 g. (S. 88). — Wie ist es aber möglich: der Anspruch des § 2018 richtet sich gegen den possessor pro herede, durch Ausschlagung erklärt aber der Erbe, dass er kein Erbrecht haben will; m. E. ist er kein Erbschaftsbesitzer. Der Ausschlagende wird vielmehr wie Einer behandelt, der die Geschäfte einer fremden Erbschaft geführt hat. — Vgl. auch Beyer, Surrogation, S. 195 f., wohl auch Strohal, § 62[37] und Text, S. 57. — Trotz § 1953I hat auch die Ausschlagung für die Rechtsverhältnisse der Beteiligten weitere Folgen. Erstens bleiben die Verfügungen des Ausschlagenden und die ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte nach Massgabe des § 1959, Abs. II u. III gültig und für den endgültigen Erben bindend; zweitens — finden auf das Verhältnis zwischen beiden die Vorschriften über die negotiorum gestio Anwendung — § 1959I. Insofern haben die Fiktionen der §§ 1953I und 2344I (Verlust des Erbrechts wegen Erbunwürdigkeit) bei gleichem Wortlaut ganz

Deshalb kann man dieses Recht am besten als ein auflösend bedingtes jus successionis auffassen, wobei der Eintritt der Bedingung vom Willen des Berechtigten abhängt.

Das Erbrecht als Anwartschaft bei Lebzeiten des Erblassers kann ein gesetzliches oder auf einem Erbvertrag beruhendes sein.

Als gesetzliches hat dieses künftige Erbrecht nur wenige Rechtsfolgen:

1. Beim Verkauf an künftige gesetzliche Erben kann das Vorkaufsrecht Dritter nicht ausgeübt werden — § 511.

2. Ein Vertrag über den Erb- oder Pflichtteil, der unter künftigen gesetzlichen Erben geschlossen wird, ist wirksam. — § 312 II.

3. Das Erbrecht kann ausgeschlossen werden bei Annahme an Kindesstatt — § 1767 II und allgemein durch Vertrag mit dem künftigen Erblasser — §§ 2346 ff.

4. Das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge und Ehegatten begründet ihr Pflichtteilsrecht §§ 2303 ff. Der Anspruch auf den Pflichtteil entsteht jedoch mit dem Erbfalle § 2317.

Als vertragsmässiges hat es dagegen keine Wirkung bei Lebzeiten des Erblassers und § 2286 BGB. bestimmt ausdrücklich, dass das Recht des Erblassers durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen nicht beschränkt wird.

---

verschiedene rechtliche Folgen. (Oder ist § 1959 auf den Fall des § 2344 analog anzuwenden?) — Die wichtigste Folge der Ausschlagung für den Ausschlagenden besteht darin, dass er unter Umständen den Pflichtteilsanspruch erhält (§ 2306), oder, wenn er ohne Grund ausgeschlagen hat, — verliert; in diesen Fällen gilt der Anfall an ihn auch juristisch „als erfolgt". — Die Fiktion des § 1953 I hat somit nur beschränkte Bedeutung, namentlich für weitere Erbfolge — 1953 III. Vgl. auch Hellwig, Grenzen der Rückwirkung in Festschrift für Giessen (1907) S. 21 ff.

Aber auch das künftige gesetzliche Erbrecht legt dem Erblasser keine Verfügungsbeschränkungen auf, der künftige Erbe hat gar keine Rechte auf oder an dem Vermögen des noch lebenden Erblassers [1]). Das künftige Erbrecht steht überhaupt in gar keinem Zusammenhang mit dem späteren Erbrecht nach dem Tode des Erblassers: weder hat der künftige gesetzliche Erbe einen Anspruch darauf, Erbe zu werden, noch erlöschen (etwa mit rückwirkender Kraft) die oben aufgezählten Rechtsfolgen, wenn er später nicht Erbe wird; so kann der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht nachträglich geltend machen, wenn der Käufer im Falle des § 511 durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen wird; und trotz des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht kann der Verzichtende auf Grund eines Testaments das Erbrecht nach dem Tode des Erblassers erlangen.

Das künftige gesetzliche Erbrecht ist also eine Anwartschaft, an welche gewisse rechtliche Folgen geknüpft werden, begründet aber kein Recht auf oder an der Erbschaft.

Dagegen kann ein gewisses Recht des Nacherben schon vor Eintritt der Nacherbfolge nicht in Abrede gestellt werden. Zwar werden die Vorschriften der §§ 2113 und 2115 erst nach Eintritt der Erbfolge, also erst wenn

---

[1]) Insofern richtig Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 44: „Soweit man unter dem Erbrechte das Recht auf Succession in den Nachlass, also ein Anwartschaftsrecht versteht, kann von ihm nach dem Systeme des BGB. in der Regel nicht die Rede sein. Denn bis zum Tode des Erblassers besteht nur eine Aussicht auf Begründung des Erbrechts, welche noch keine (?) Rechtsfolgen hat und deshalb kein Rechtsverhältnis darstellt. Mit dem Erbfalle entsteht zwar das Erbrecht, verwirklicht sich aber auch von selbst im nämlichen Augenblicke". Aber auch nach dem Erbfalle kann kein Rechtsverhältnis entstehen, nämlich zwischen dem Erben und Erblasser. Oder soll das Erbrecht hier ein Aneignungsrecht (cfr. Enneccerus-Lehmann, S. 639) am Nachlass sein?

der Nacherbe das volle Erbrecht erwirbt, wirksam; die übrigen tief in die Verfügungsfreiheit des Vorerben eingreifenden Befugnisse des Nacherben treten aber schon mit dem Erbfall ein, die Nacherbfolge kann ja später überhaupt nicht eintreten (z. B. die auflösende Bedingung, dass der Vorerbe ohne männliche Abkömmlinge stirbt, ist nicht eingetreten). Das Recht des Nacherben ist also ganz unabhängig und verschieden von dem Erbrecht, das er nach dem Anfall an ihn haben wird.

Allein, die Rechte, welche dem Nacherben vor dem Eintritt der Nacherbfolge inbezug auf den Nachlass zustehen, sind sozusagen negativ und erschöpfen sich in gewissen Sicherungsmassregeln (§§ 2114, 2116—2123, 2128, 2129, BGB. § 773, Satz 2, ZPO.). Er hat weder die Macht, über Nachlassgegenstände zu verfügen, noch steht ihm der Genuss des Vermögens zu. Dadurch unterscheidet sich dieses Recht vom Erbrecht nach dem Anfall, welches ein volles Recht am Nachlass gewährt. Infolgedessen scheidet das Recht des Nacherben bei Betrachtung des Verhältnisses zwischen Erbrecht und Recht am Nachlass aus[1]).

So bleibt nur das verwirklichte Erbrecht, das jus successionis, welches allein dem Erben die volle Herrschaft über die Erbschaft gewährt. Dieses Recht kann nicht ein Anspruch sein, es ist ein Recht am Vermögen oder es gewährt seinem Träger, dem Erben, ein solches

[1]) Ueber die rechtliche Konstruktion dieses Rechtes wird gestritten, vgl. Planck vor § 2100 u. a. — Entsprechend dem vollen Recht am Nachlass, welches der Erbe hat, könnte man dieses Recht des Nacherben als ein beschränktes dingliches Recht am Nachlass auffassen, so Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbücher, B. 43, S. 26 f.; dieses Recht des Nacherben ist kein suspensiv bedingtes Recht am Nachlass des Erben, weil seine Wirkungen zumteil vor dem Eintritt der Nacherbfolge und ohne Rücksicht, ob es später zu diesem Eintritt kommt, gegeben sind. (§ 773 II ZPO.) — Vgl. auch Kap. IV, § 15, IV.

Herrschaftsrecht am Nachlass. In letzterem Fall bleibt noch zu untersuchen, ob ausser dem Recht am Nachlass das Erbrecht noch irgend welchen Inhalt hat[1]).

§ 8. Erbrecht und Erbschaft.

I. Das Erbrecht als jus successionis bezeichnet Strohal und viele andere als „die rechtliche Stellung des Erben", ohne nähere Bestimmung derselben. Man könnte geneigt sein, die Rechtsstellung des Erben durch diejenige des Erblassers zu bestimmen: die Erbfolge ist successio in universum jus, in personam defuncti, Nachfolge in die erblasserische vermögensrechtliche Persönlichkeit. So in der Tat Sohm (d. Gegenstand, S. 43, Anm. 11). Das Erbrecht bestünde dann in der Summe der vermögensrechtlichen Beziehungen des Verstorbenen, deren Träger jetzt der Erbe wäre.

Diese Auffassung des Erbrechts wäre aber nur dann richtig, wenn der Erbe Träger aller Vermögensbeziehungen des Verstorbenen und keiner anderen wäre, seine eigene vermögensrechtliche Persönlichkeit mit dem Erbgang erlöschen würde. Im geltenden Recht kann davon keine Rede sein[2]): der Erbe bewahrt seine eigene Persönlichkeit, das Vermögen des Erblassers tritt in sein eigenes Vermögen als ein Sondervermögen ein, und schon

---

[1]) Die Rechte und Pflichten des Erben, des Vorerben und des Nacherben (nach Eintritt der Nacherbfolge) sind verschieden; der Vorerbe und der Nacherbe haben Rechte und Pflichten im Verhältnis zueinander, und auch nach aussen haben sie nicht die volle Rechtsstellung des Erben. So könnte man zwischen dem Erbrecht des Erben, des Vor- und des Nacherben unterscheiden. — Eine andere Einteilung ergibt sich, wenn wir nach dem Grund des Erbrechts unterscheiden: gesetzliches und gewillkürtes Erbrecht. Auch hier bestehen manche Verschiedenheiten. — Doch kommt für uns nur das Recht, welches der Erbe mit dem Anfall erhält, und sein Verhältnis zum Recht am Nachlass in Betracht, so dass diese Einteilungen für unsere Ziele unbrauchbar sind.

[2]) Vgl. auch Strohal, I, S. 17 [23] und die dort angeführten.

dadurch wird die persona defuncti beim Erben nicht wiederhergestellt, bei ihm war es doch kein Sondervermögen. Aber noch mehr — nicht alle Rechte und Pflichten des Erblassers gehen auf den Erben über. Ganz unhaltbar ist endlich diese Theorie bei Erbenmehrheit.

Obwohl das Vermögen des Verstorbenen „als Ganzes" auf den Erben übergeht, erleidet es dabei grosse Veränderungen: seine Bestandteile können beim Erbgang ganz wegfallen oder in veränderter Gestalt übergehen.

a) Eine Reihe von Rechten und Pflichten erlöschen mit dem Tode ihres Trägers. Zumteil sind es Rechte oder Pflichten, die mit der Person des Subjekts zu eng verbunden sind, so z. B. höchst persönliche Leistungen aus dem Dienstvertrage (war der Erblasser Hausarzt des X mit einem festen jährlichen Honorar, so geht das Verhältnis auch dann nicht über, wenn auch sein Erbe Arzt ist). Andere Rechtsbeziehungen erlöschen kraft Gesetzes, so z. B. der Niessbrauch (§ 1059 ff.), das Vorkaufsrecht (514). Eine Reihe von Rechten und Pflichten erlöschen, weil sie von Personenrechten des Erblassers abhängen, die natürlich erlöschen, so z. B. der Unterhaltsanspruch der Verwandten nach § 1615, das elterliche Nutzniessungs- und Verwaltungsrecht (§§ 1627, 1649) — bei der Mutter entsteht es nach dem Tode des Vaters ganz unabhängig davon, ob sie seine Erbin ist (§ 1684, Ziff. 1).

b) Andere Rechte und Pflichten gehen zwar auf den Erben über, aber in wesentlich veränderter Gestalt. So vererbt sich das Mietsverhältnis aktiv und passiv, aber beim Erben entsteht ein neues Kündigungsrecht nach § 569. Trotz der höchst persönlichen Grundlage ist die Unterhaltspflicht gegenüber den unehelichen Kindern vererblich, aber der Erbe des Vaters ist berechtigt, das Kind durch einmaligen feststehenden Betrag abzufinden (§ 1712 II), was der Vater nur im Wege der Vereinbarung erreichen könnte. (Vgl. noch die §§ 530 II, 596 II, 1582 II.)

c) In der Person des Erben entstehen aber auch neue Rechte und Pflichten, mag man den Begriff des Vermögens in § 1922 BGB. noch so weit ausdehnen. Das sind:

α) Verpflichtung, die Beerdigungskosten zu tragen (§ 1968) und den Angehörigen des Erblassers innerhalb 30 Tagen den Unterhalt zu gewähren (§ 1969).

β) Verbindlichkeiten, die ihm vom Erblasser auferlegt werden — Vermächtnisse und Auflagen.

γ) Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, die mit den unter α) bezeichneten Rechten der nahen Angehörigen (1969) gewissermassen Reste der Hausgemeinschaft sind.

δ) Die übrigen Verpflichtungen und Rechte ergeben sich sämtlich daraus, dass die Erbschaft beim Erben ein Sondervermögen ist. Der Erbe hat das Recht, Nachlassverwaltung zu beantragen, kann die Gläubiger durch Aufgebot ausschliessen, die Haftung für die Schulden kann auf den Nachlass beschränkt werden. Andererseits kann ihm die Inventarfrist gestellt werden, die Verwaltung des Nachlasses kann ihm entrissen werden, er ist zu verschiedenen Auskünften verpflichtet usw. — Bei Erbenmehrheit entstehen noch die Rechte und Pflichten der Erben gegeneinander. — Der Erbe kann die Erbschaft verkaufen, was ganz andere Rechtsfolgen hat, als wenn er sein gesamtes oder einen Teil des Vermögens verkauft. — Infolge der Rechtsnatur der Erbschaft als eines Sondervermögens findet die Surrogation statt usw.

So ist der Komplex der Rechte und Pflichten, der das Sondervermögen „Erbschaft“ beim Erben bildet, vom Vermögen des Erblassers wesentlich verschieden. Erbschaft ist trotz der gesetzlichen Definition des § 1922 nicht das Vermögen des Erblassers. Wir können sie jetzt als die Gesamtheit der auf den Erben übergegangenen oder in seiner Person entstandenen

Vermögensrechte, Rechtspositionen und Verbindlichkeiten definieren.

Infolgedessen könnte das Erbrecht nicht ein Recht am Vermögen des Erblassers sein[1]), sondern höchstens ein solches an der Erbschaft. Die Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die sich auf die Erbschaft beziehen und die rechtliche Stellung des Erben bilden, entsteht nur vermöge des Herrschaftsrechts des Erben an der Erbschaft als universitas juris. Man könnte daher dieses Recht am Nachlass als das Erbrecht im subjektiven Sinn bezeichnen, Erbe wäre dann derjenige, dem die Erbschaft (oder der Erbteil) zusteht[2]).

II. Gegen die Gleichstellung des Erbrechts mit dem Recht am Nachlass lässt sich aber vieles einwenden:

1. Ist das Erbrecht bloss ein Recht am Nachlass, so kann es nur bei Vorhandensein der Erbschaft bestehen: ohne Erbschaft kein Erbe (oben S. 36). Aber schon die Motive zum I. Entwurf des BGB. heben hervor, dass die Erbschaft zur Erbfolge nicht erforderlich ist (B. V, S. 3 zu § 1749 des Entwurfs). Auch aus dem § 1922 BGB. folgt nur, dass beim Erbfall die Erbschaft auf die Erben übergeht, nicht aber, dass ohne sie der Erbfall unmöglich ist.

a. Es ist möglich, dass der Erblasser nur Schulden hinterlässt[3]). Nimmt man an, dass das Vermögen nur

---

[1]) Die grösste Verschiedenheit zeigt sich wohl bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft; dann gehört der (in der Regel) grösste Teil des erblasserischen Vermögens nicht zum Nachlass — § 1483.

[2]) So Hellwig, Anspruch usw., S. 45: Erbrecht ist „das Verhältnis des Erben zu dem Nachlassvermögen als einer fortdauernden universitas juris".

[3]) Wirtschaftlich ist es bei jedem überschuldeten Nachlass so: juristisch kann es nur in den sehr seltenen Fällen geschehen, wo gar keine Bestandteile des Aktivvermögens hinterlassen sind. A wandert z. B. nach Amerika aus; sein ganzes Aktivvermögen besteht

aus Aktiven besteht, so kann hier mangels eines Objekts kein Recht am Nachlass entstehen. Die Erbfolge wäre dann ausgeschlossen und der Verstorbene hätte keinen Erben, obwohl das BGB. durch Gewährung des subsidiären gesetzlichen Erbrechts an den Fiskus jedem Erblasser einen Erben verschaffen will. — Bei anderer Auffassung des Vermögens besteht hier der Nachlass aus Schulden und an ihrem Komplex als einer universitas juris kann das Recht des Erben bestehen.

Denkbar ist aber, dass weder Aktiva, noch Passiva hinterlassen werden[1]). Auch hier wäre die Beerbung unmöglich, da kein Objekt für das Erbrecht als das Recht an der Erbschaft existiert. Es besteht aber kein Zweifel darüber, dass auch in solchen Fällen die Beerbung stattfindet. Sie ist auch nicht ganz gegenstandslos wegen der Beerdigungskosten[2]). Denkbar ist auch, dass ein Recht oder eine Pflicht erst später entsteht, z. B. der Erblasser hat eine Sache verkauft und erst einige Monate nach seinem Tode verlangt der Käufer Wandelung; dieser Anspruch muss gegen den Erben gerichtet werden.

b) Das Recht am Vermögen besteht nur solange, als sein Objekt existiert. Nun ist freilich der Nachlass ein Sondervermögen und diese seine Eigenschaft erlischt

---

aus den Sachen, die er mit am Bord des Schiffes hat, in der Heimat hinterlässt er nur Schulden; wenn jetzt das Schiff zu Grunde geht, so besteht der Nachlass des A bloss aus den Schulden. — Ein anderes Beispiel: ein deutscher Kaufmann, dessen ganzes Aktivvermögen aus dem Handelsgeschäft in Messina besteht, verunglückt beim letzten Erdbeben, auch sein Geschäft ist dabei vernichtet worden; die Verbindlichkeiten für die aus Deutschland bezogenen Waren bilden seinen ganzen Nachlass.

[1]) z. B. beim Tode der minderjährigen Kinder, besitzlosen Geisteskranken usw.

[2]) cfr. Strohal, I, S. 28 — Findet die Beerbung statt, so kann der Erbe auch ausschlagen, aber nicht die gar nicht vorhandene Erbschaft, sondern das Erbrecht; folglich ist die Fassung des § 1942 I nicht genau.

eigentlich niemals: auch ohne Nachlasskonkurs und -Verwaltung bilden seine Bestandteile ein besonderes Ganzes. Der Nachlass kann aber durch Zahlung der Schulden, Erlöschen von Rechten usw. erschöpft werden. Damit erlischt auch das Recht des Erben am Nachlass, nicht aber sein Erbrecht, er hört nicht auf Erbe zu sein. Sonst hätte die unbeschränkte Haftung des Erben keinen Sinn, da er mit Erschöpfung des Nachlasses nicht mehr Erbe sein würde und von der weiteren Haftung frei wäre.

c) Der Nachlass als Sondervermögen erlischt auch dann, wenn der Alleinerbe die Erbschaft verkauft und ihre Bestandteile dem Käufer übergibt. Dadurch hört er aber nicht auf, Erbe zu sein, er kann das Inventar errichten, es können gegen ihn, als Erben, Ansprüche erhoben werden usw.

2. Bei der Auseinandersetzung der Miterben kann es vorkommen, dass infolge der Ausgleichung ein Erbe aus dem Nachlass gar nichts bekommt (§ 2056). Wäre das Erbrecht nur ein Recht am Nachlass, so würde dieser Erbe aufhören, Erbe zu sein, könnte nicht mehr von den Gläubigern belangt werden, keine Handlung als Erbe vornehmen, weder das Inventar errichten, noch durch Versäumung der Frist für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haften; er könnte nicht einmal die Vollziehung einer Auflage von anderen Erben verlangen (§ 2194).

Aber noch mehr: ob der Erbe A bei der Auseinandersetzung etwas erhält, hängt von wirtschaftlichen Momenten ab — vom Wert der Nachlassgrundstücke, vom Kurs der Wertpapiere, von der Zahlungsfähigkeit eines Nachlassschuldners usw. — und kann erst bei der Auseinandersetzung selbst bestimmt werden. Bekommt er dabei gar nichts, soll er dann von Anfang an gar nichts an der Erbschaft gehabt haben und von Anfang an nicht Miterbe gewesen sein? Das wird man verneinen müssen, weil die

Ausgleichung, wie aus § 2050 I folgt, nur im Verhältnis zwischen den Erben, die Abkömmlinge sind, und nur bei der Auseinandersetzung stattfindet. Mit a. W., sie ist nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen den Abkömmlingen = Miterben und kommt erst bei der Auseinandersetzung zum Vorschein, wenn die übrigen obligatorischen Ansprüche der Miterben, auf Herausgabe eines entsprechenden Teils des Vermögens, Erstattung der Verwendungen usw., geltend gemacht werden. Infolgedessen bleibt nur bei der Auseinandersetzung, nicht in anderen Beziehungen der Erbteil dieses Miterben „ausser Ansatz": er haftet nach wie vor der Teilung den Nachlassgläubigern pro rata gemäss §§ 2059 ff. Solange die Erbengemeinschaft fortdauert, hat er einen Anteil am Nachlass und ist vollberechtigter Miterbe. Selbst wenn schon vor der Auseinandersetzung feststeht, dass er gar nichts bekommen wird, kann nur mit seiner Zustimmung über Nachlassgegenstände verfügt werden usw. Besteht z. B. der Nachlass des X aus einem Grundstück im Werte von 100 000 Mk. und seine Erben sind der Sohn A und die Tochter B, welche 120 000 Mk. als Ausstattung erhalten hat, so hat bis zur Auseinandersetzung B einen Anteil am Nachlass, das Grundstück kann nur von beiden Erben gemeinschaftlich veräussert werden; bei der Auseinandersetzung erhält sie gar nichts, „ihr Erbteil bleibt ausser Ansatz", und jetzt muss das Grundstück von ihr gemeinschaftlich mit A dem A aufgelassen werden[1]); erst dann erhält A den Nachlass zur freien Verfügung und B verliert ihren Anteil an ihm. Trotzdem bleibt sie Erbin des X.

3) Der Erbe bleibt also Erbe, obwohl er kein Recht am Nachlass hat oder dasselbe verliert. Andererseits ist

---

[1]) cfr. Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht usw., 3. A., Bd. I, zu § 925 BGB., Bem. III, Ziff. 2, S. 449 — 452.

möglich, dass jemand am Nachlass berechtigt ist, ohne Erbe zu sein. Diese Fälle haben wir kurz bei der Gesamthandsgemeinschaft erwähnt (cfr. oben § 6, IIc, S. 66). Doch ist es auch ohne Erbenmehrheit möglich. Der Erbe des Erben hat ein Recht am Nachlass, ohne selbst Erbe des ersten Erblassers zu sein, mag es sich um Allein- oder Miterben handeln. Nicht nur das Erbrecht kann ohne das Recht am Nachlass bestehen, sondern auch das Recht am Nachlass kann jemandem ohne das Erbrecht zustehen.

Das soll jetzt ausführlich bewiesen werden.

§ 9. Rechtsstellung des Erben des Erben.

I. Wäre das Erbrecht nur ein Erwerbs-, Aneignungsrecht am Nachlass, so müsste es sich in dem Erwerb der Erbschaft erschöpfen und sogleich erlöschen[1]), so dass der Erbe nur Träger einzelner erworbenen Rechte und Pflichten geworden wäre. Nach dem BGB. ist es anders: die Erbschaft bleibt bei ihm als ganzes bestehen, als solche bildet sie einen Bestandteil seines Vermögens und geht mit dem Gesamtvermögen auf den Erben des Erben über.

Wenn das Erbrecht dagegen im Recht am Nachlass besteht, so ist dabei möglich, dass entweder mit dem Tode des Erben auch sein Erbrecht, d. h. das Recht an der universitas juris, erlischt, und die ihm angefallene Erbschaft in einzelne Rechte und Pflichten zerfällt, welche mit seinen übrigen Rechtsverhältnissen die neue universitas juris — seinen Nachlass — bilden, oder aber, dass sein Erbrecht auf seine Erben übergeht, dass sie selbst Erben des ersten Erblassers werden.

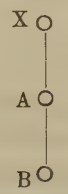
---

[1]) Enneccerus-Lehmann II, S. 639; Hellwig, Anspruch usw., S. 44: „Mit dem Erbfall entsteht zwar das Erbrecht, verwirklicht sich aber auch von selbst im nämlichen Augenblicke."

In Wirklichkeit geschieht weder das eine, noch das andere. Auf den Erben des Erben geht das Erbrecht nicht über, er ist nicht Erbe des Erblassers; aber die erste Erbschaft bleibt auch in seinen Händen ein Sondervermögen, auf ihn geht die Gesamtheit der Rechte und Pflichten über, die das Recht am Nachlass bilden.

Das beweisen folgende Erwägungen:

1. Ist X der erste Erblasser, A sein Erbe und B Erbe des A, so bildet auch beim B die Xsche Erbschaft ein Sondervermögen. Das Gesetz sagt es zwar nirgends, wie



es überhaupt nur in einem Fall die Rechtslage dieser Erbschaft erwähnt (§ 1952), das kann aber nicht bestritten werden. Die Gläubiger des X haben das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus seinem Nachlass, sie können Anordnung der Nachlassverwaltung oder Konkurseröffnung verlangen usw. Auch B kann diese Massregeln treffen, kann für den X'schen Nachlass ein besonderes Inventar errichten, kann in bezug auf denselben den Erbschaftsanspruch erheben usw. Auf ihn gehen nicht die einzelnen den X'schen Nachlass bildenden Rechte und Pflichten, sondern das Recht am Nachlass als ganzem über.

2. Andererseits ist B nicht Erbe des X und kann es nicht sein:

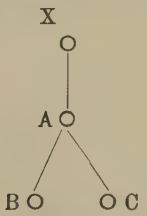
a) Erbe kann nur werden, wer zurzeit des Erbfalls bereits erzeugt war. (§ 1923.) Oft wird aber B erst nach Jahren nach dem Tode des X geboren sein. Sollte in diesen Fällen nach dem Tode des A wirklich neue Erbfolge nach dem X stattfinden? Das wäre unmöglich,

die Erbschaft des X muss dem B verbleiben, aber nicht als dem Erben des X.

b) Erbfolge tritt nur kraft Gesetzes oder Verfügung des Erblassers von Todeswegen ein. Andere Fälle existieren nicht, und niemand kann für den Erblasser einen Erben substituieren. Wenn jetzt A gesetzlicher Erbe des X war und selbst durch Testament seinen Freund B zum Erben eingesetzt hat, so kann B weder gesetzlicher, noch testamentarischer Erbe des X sein. Aber auch in diesem Fall wird er die Erbschaft des X erlangen.

c) Für den Fall, dass das Ausschlagungsrecht des A bei seinem Tode noch nicht erloschen ist, bestimmt § 1952 I des BGB., dass der Erbe des A dieses Recht ausüben kann. Wäre B wirklich Erbe des X, so hätte er ein selbständiges Ausschlagungsrecht, wogegen das Recht des A mit seinem Tode erloschen wäre[1]).

Ebenso wäre § 1952 III überflüssig, der als Ausnahme gelten soll. Denn B und C hätten ja zweifellos



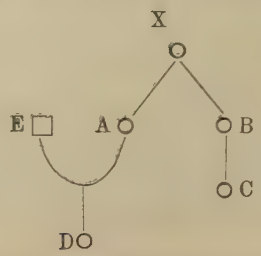
das Recht, ihre Anteile selbständig auszuschlagen, wenn sie Erben des X wären.

II. Daraus, dass die Erben des Erben nur das Recht am Nachlass des ersten Erblassers erwerben und nicht selbst seine Erben sind, ergeben sich wichtige Rechtsfolgen, die wir an einigen Beispielen verfolgen.

---

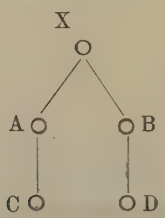
[1]) Unabhängig davon ist die Frage, ob der Beginn der Ausschlagungsfrist des B von seiner Kenntnis abhängt.

1. Erben des X sind sein Sohn A und sein Enkel C vom vorverstorbenen Sohn B. A stirbt bald nach dem X und wird von seinem Sohn D und seiner Ehefrau E beerbt. Hier



bekommen D und E auch die Hälfte des X'schen Nachlasses (E — $^1/_2$. $^1/_4$ = $^1/_8$, D — $^3/_8$ desselben) und sind Mitglieder der Erbengemeinschaft neben dem Erben C[1]). Ist aber umgekehrt A vor dem X gestorben, so tritt an seine Stelle als gesetzlicher Erbe des X nur D, dagegen hat die E keinen Anteil am X'schen Nachlass.

2. Erben des X sind sein Sohn A und der Enkel D vom vorverstorbenen Sohn B. Nach dem Erbfall stirbt auch A und wird von C beerbt. D hat den X an der Errichtung



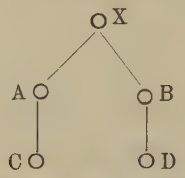
eines Testaments vorsätzlich und widerrechtlich verhindert; sein Erwerb kann angefochten werden und er verliert, für erbunwürdig erklärt, mit dem Erbrecht auch die Erbschaft. Dasselbe geschieht, wenn A als erbunwürdig erklärt wird; dann verliert er die Erbschaft des X, welche damit aus seinem eigenen Nachlass

---

[1]) Obwohl sie nicht Miterben hinter dem X sind!

ausscheidet[1]). — Dagegen kann gegen C, wenn er eine solche Tat (§ 2339 Zif. 1—4) begangen hat, und die Erbschaft durch den späteren Tod des A sich auf ihn vererbt, die Erbunwürdigkeit nicht geltend gemacht werden und er behält die Erbschaft. — Weiterer Unterschied zeigt sich darin, dass C die Erbschaft des X verliert, sobald er das Erbrecht nach dem A verloren hat (Erbunwürdigkeit, Ausschlagung), D braucht dagegen gar nicht Erbe seines Vaters B zu sein, er hat die Xsche Erbschaft kraft eigenen Erbrechts.

3. X hat durch letztwillige Verfügung angeordnet, dass für den Fall, dass ein Erbe zum Christentum übergeht, sein Erbteil der israelitischen Gemeinde anfallen soll



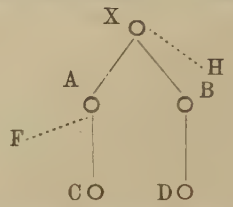
(Einsetzung eines Nacherben). Hier tritt Nacherbfolge nur dann ein, wenn die Erben A oder D ihren Glauben wechseln, nicht aber, wenn B oder C es tun. C verliert daher den Erbteil der Xschen Erbschaft, wenn sein Vater A sichtaufen lässt, nicht aber, wenn er es selbst tut.

4. X hat seinen ganzen Nachlass im Werte von 10000 Mk. unter Umgehung seiner gesetzlichen Erben A und D seinem Freund H hinterlassen; ebenso hat auch der kurz darauf verstorbene A seinen unehelichen

---

[1]) Was geschieht mit diesem Erbteil dann? Ist A für erbunwürdig erklärt, so fällt sein Anteil nach § 2344 an andere gesetzliche Erben; als solcher kommt zunächt in Betracht C, so dass er die Erbschaft wieder bekommt, aber schon kraft eigenen Erbrechts. Der Unterschied zeigt sich sofort, wenn C erst nach dem Tode des X erzeugt wurde, oder nicht gesetzlicher Erbe des X ist (z. B. Adoptivsohn, Testamentserbe des A) — dann fällt die ganze Erbschaft dem einzigen Erben 1. Ordnung dem D an.

Sohn F zum Alleinerben eingesetzt (es sei hier angenommen, dass A ausser dem Pflichtteilsanspruch bezüglich der X'schen Erbschaft nichts hinterlässt). Hier sind die Pflichtteilsansprüche der Enkel C und D nicht nur in



ihrer Höhe verschieden, sondern sie richten sich auch gegen verschiedene Erben. D hat nämlich $\frac{5000}{2} = 2500$ Mark vom Erben des X, also vom H zu fordern. Denselben Anspruch hätte auch A gegen den H; sein Anspruch vererbt sich auf den F. C kann dagegen nur die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nach dem A, also (weil A's Erbschaft 2500 Mk. wert ist) nur $\frac{2500}{2} = 1250$ Mk. vom Erben seines Vaters, also von dem F verlangen.

5. Sehr verschieden sind die Folgen des Erbschaftserwerbs hinsichtlich der Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten. Von den verschiedenen Gestaltungen seien hier nur zwei erwähnt:

a) A haftete für die Nachlassverbindlichkeiten des X bereits wegen Versäumung der Inventarfrist unbeschränkt.

B trifft dagegen die notwendigen Massnahmen zur Beschränkung seiner Haftung für die Schulden des A: er beantragt z. B. die Nachlassverwaltung oder Konkurseröffnung über den Nachlass des A; geschieht dies, so

wird durch die angeordnete Massregel auch der X'sche Nachlass, als Bestandteil des Nachlasses des A, ungeachtet der Vorschrift des § 2013 ergriffen. In diesem Fall haftet den Gläubigern des X sein ganzer Nachlass und das Vermögen des A, nicht aber das Vermögen des B.

b) A hat rechtzeitig ein Inventar errichtet; nach seinem Tode wird Konkurs über den X'schen Nachlass eröffnet. B haftet dagegen für die Nachlassverbindlichkeiten des A unbeschränkt. Trotzdem wird er den Xschen Gläubigern nur mit dem X'schen Nachlass (bzw. seinem Rest) und nicht mit seinem übrigen, den Nachlass des A enthaltenden Vermögen haften. Ihm kommt die Errichtung des Inventars durch den A ebenso zugute, wie wenn er die Erbschaft des X käuflich erworben hätte (§ 2383); nachdem A das Inventar errichtet hat, kann dem B noch einmal die Frist nicht gestellt werden.

6. Wenn der Alleinerbe A von seinen Söhnen B und C beerbt wird, so gehört zum gemeinschaftlichen Vermögen

der Miterben B und C auch der grossväterliche Nachlass. Fraglich ist es aber, ob auch eine neue Erbengemeinschaft inbezug auf den X'schen Nachlass entsteht. Soweit es sich um Verfügungen über einzelne Nachlassgegenstände und die Verwaltung des Xschen Nachlasses handelt, erledigt sich die Frage dadurch, dass dieser Nachlass zugleich Bestandteil der Erbschaft des A ist und somit nur von B und C gemeinschaftlich verwaltet werden kann. Wie ist es aber mit der Haftung gegenüber den Gläubigern des X: finden auch die §§ 2058 ff.

Anwendung? Der Nachlass des X geht ohne Teilung auf seinen Erben A über, demgemäss könnte A keines der in §§ 2059—2063 erwähnten Rechte geltend machen. Diese Rechte können also erst in der Person seiner Erben B und C entstehen, was aber unumgänglich ist, weil der Nachlass des X jetzt tatsächlich mehreren zusteht. So finden alle Vorschriften über die Erbengemeinschaft Anwendung, obwohl B und C bezüglich des X'schen Nachlasses weder Miterben sind, noch an Stelle solcher eintreten.

III. Besondere Beachtung verdient der § 1952 BGB.:

a) „Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich" (§ 1952, Abs. I). Binder [1]) bemerkt dazu: „Da das letztere nicht wohl als Vermögensrecht bezeichnet werden kann, so müssen wir ein weiteres Recht anerkennen, das vererblich ist, ohne zur Erbschaft zu gehören", und sieht darin einen neuen Beweis dafür, dass das Recht des Erben über das Recht an der Erbschaft hinausgeht (I, S. 133). Binder sieht aber in den Vermögensrechten „geldwerte Rechte" [2]); dann muss er auch das Ausschlagungsrecht für ein Vermögensrecht halten, da es unter Umständen sehr vorteilhaft sein kann, eine Erbschaft los zu werden; jedenfalls wird durch seine Ausübung die Summe der „Geldwerte" geändert, welche dem Ausschlagenden gehören. Hellwig bezeichnet es als „ein Recht des rechtlichen Könnens" [3]); es wird wohl mit Anfechtungs-, Kündigungs- und ähnlichen Rechten zu den „Gestaltungsrechten" gehören, welche mit dem ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnis übertragbar und daher in unserem Sinne Vermögensrechte

[1]) Rechtsstellung des Erben, I, § 71.

[2]) Vgl. Binder, Der Gegenstand, Z. f. Handelsrecht, B. 59, S. 33 „Vielleicht nennen wir gewisse Rechte Vermögensrechte, weil sie uns Genuss von Gütern, Verwertungs- und Tauschmöglichkeiten und damit Macht verleihen".

[3]) Anspruch und Klagerecht, S. 3.

sind. Das ist aber für unsere Betrachtung nicht so wichtig, denn dieses Recht müsste, wie alle anderen, im Zweifel mit seinem Grundrecht auf den Erben übergehen. Wir haben aber oben (S. 80, Anm. 2) ausgeführt, dass das Ausschlagungsrecht nicht an die Erbschaft, sondern an das Erbrecht gebunden ist: der Erbe kann auch dann ausschlagen, wenn keine Erbschaft da ist. Das Erbrecht erlischt aber schon mit dem Tode des Erben: seine Erben bekommen bloss das Recht an der Erbschaft, nicht das Erbrecht (oben I, II). Die Folge wäre, dass mit seinem Tode die Erbschaft endgültig zu seinem Vermögen gehörte, was unter Umständen unbillig erscheinen kann. Deshalb ist § 1952 als Ausnahme eingefügt worden[1]), was sich auch dadurch rechtfertigt, dass die Folgen der Ausschlagung auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückgezogen werden. (Kann doch die Erbunwürdigkeit auch nach dem Tode des Erben geltend gemacht werden!)

Wenn daher der Erbeserbe B die X'sche Erbschaft rechtzeitig (cfr. § 1952 II) ausschlägt, so übt er das Recht des Erben A aus, er schlägt nicht als Erbe, sondern als ein gewisser Dritter in seinem Namen aus. Das hat zur Folge, dass jetzt die Erbschaft an denjenigen fällt, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zurzeit des Erbfalls „nicht gelebt hätte" (1953 II). Wenn A und B Sohn bzw. Enkel des X sind und es findet gesetzliche Erbfolge statt, so ist B, nach Ausschlagung der Erbschaft nach § 1952 I, selbst zur Erbfolge berufen, er wird jetzt *als Erbe* (kraft eigenen Rechts — § 1924 III) die X'sche Erbschaft annehmen oder ausschlagen können[2]). Im letzteren Fall

[1]) Diese Vorschrift bringt das Prinzip zum Ausdruck, dass niemandem ein Erwerb von Todeswegen wider Willen aufgezwungen sein soll.

[2]) § 1949 II kommt dabei nicht in Betracht (anders Herzfelder-Staudinger, zu § 1952), weil B zunächst nicht als Erbe, sondern als Erbe des Erben A ausschlägt; selbst im Zweifel erstreckt sich die Ausschlagung nicht auf sein eigenes Erbrecht nach dem X.

tritt an seine Stelle der nächste gesetzliche Erbe des X.; nimmt B die X'sche Erbschaft an, so hat er zwei von einander unabhängige Erbschaften.

Das kann unter Umständen sehr wichtig werden. Nehmen wir an, dass X ein Vermögen von 10000 Mark hinterlässt, A dagegen 12000 Mark Schulden. Wenn B die ganze Erbschaft des A annimmt, so besteht sie aus 10000 Mark Aktiva (X'scher Nachlass) und 12000 Mark Passiva, mithin, wenn B beschränkt haftet, bekommt er gar nichts, bei unbeschränkter Haftung wird er noch 2000 Mark aus eigenem Vermögen zahlen müssen. Wenn er dagegen als Erbe des A die Erbschaft des X ausschlägt und sie dann als gesetzlicher Erbe des X selbst annimmt, so bekommt er die 10000 Mark des X und kann seine Haftung für A's Schulden bei genügender Vorsicht auf A's eigenen Nachlass beschränken. Dagegen kann er nicht, nachdem er die X'sche Erbschaft als Erbe des Erben A ausgeschlagen hat, jetzt die Erbschaft des A ausschlagen, weil in der ersten Ausschlagung pro herede gestio liegt. Selbst durch ausdrücklichen Vorbehalt könnte B dies nicht verhindern, denn er kann die X'sche Erbschaft nur dann ausschlagen, wenn er Erbe des A geworden ist. (Vgl. auch Planck-Strohal zu § 1952, Note 1.) Kommt er aber in die Lage seinen Erbschaftserwerb nach A trotzdem anzufechten (z. B. § 1949 I), so ist auch die erste Ausschlagung nichtig und der nunmehrige Erbe des A kann entweder die ganze Erbschaft oder nur die X'sche ausschlagen, oder auch beide annehmen. So sind die Schicksale der X'schen Erbschaft verschieden, wenn B als Erbe des A nur sie ausschlägt, oder wenn er die ganze Erbschaft des A ausschlägt. Im ersten Falle kommen die weiteren (gesetzlichen oder Testaments-) Erben des X, im zweiten die Erben des A an die Reihe.

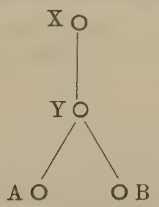
b) Der letzte Absatz des § 1952 lautet: „Von

mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen."

Dies soll in doppelter Beziehung eine Ausnahme statuieren:

Einmal ist (nach unserer Ansicht) der Miterbe an einzelnen Gegenständen des Nachlasses gar nicht anteilsberechtigt; hier wird ihm aber ein Anteil an dem Nachlassgegenstand „die erste Erbschaft" für den Fall der Ausschlagung (und nicht allgemein) zuerkannt, wobei er in Abweichung vom Grundsatz des § 2033, Abs. II über ihn selbständig verfügen — ausschlagen kann [1]). Doch wird nicht die Erbschaft, sondern das persönliche Erbrecht (Recht Erbe zu sein) ausgeschlagen. Dieses ist aber kein Vermögensstück, sodass in dieser Hinsicht keine Besonderheit vorliegt. (Das Aussergewöhnliche besteht darin, dass ein bereits erloschenes Recht noch ausgeschlagen werden kann — cfr. oben S. 83 ff.)

Dagegen ist es zweifellos eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Erbe nur die ganze Erbschaft (eigentlich das ganze Erbrecht) und nicht einen Teil ausschlagen kann (§ 1950). Y konnte nämlich nur ganz ausschlagen,



sein Recht vererbt sich auf A und B, und diese könnten nun das ganze Recht zusammen ausüben, wie etwa das

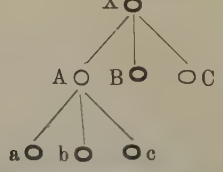
[1]) Man könnte freilich zweifeln, ob die Ausschlagung wirklich eine Verfügung ist. Nach Sohm (II, S. 192 ff.) sind Verfügungen — Zuwendungsgeschäfte; so ist nach ihm die Dereliktion keine Verfügung, nur Ent-, nicht Veräusserung. — Andererseits könnte man infolge der Rückwirkung diese Ausschlagung als Verursachung dessen betrachten, dass der Anteil an der Erbschaft niemals Gegenstand des Gemeinschaftsvermögens gewesen ist.

Rücktrittsrecht aus einem Vertrage. Nach § 1952 II kann dagegen A allein zur Hälfte ausschlagen; das kann nicht zur Folge haben, dass Y jetzt ein halber Erbe wird; daraus folgt nach positiver Gesetzesvorschrift, dass es so angesehen wird, als ob Y zwei Erbteile hätte, von denen er einen annehmen, den anderen ausschlagen kann.

Dabei entsteht die Frage, an wen der frei gewordene Anteil an der X'schen Erbschaft gelangt. Die Frage ist bestritten. Nach einer Meinung fällt er den Miterben des Ausschlagenden, also den übrigen „Erben des Erben" an[1]); in unserem Fall wird es der B sein. Nach der anderen[2]) findet hinsichtlich dieses Anteils Neuberufung statt und der Anteil gelangt an die nächsten Erben des ersten Erblassers. Praktisch wird die erste Ansicht in vielen (aber durchaus nicht allen) Fällen zu einfacheren, aber nicht immer billigen Ergebnissen führen, sie ist jedoch mit dem Gesetz nicht vereinbar. Nach § 1952 vererbt sich das Ausschlagungsrecht des Erben, es entsteht in der Person seiner Erben kein neues Erbrecht oder Recht zur Ausschlagung; infolgedessen gilt er, der Erbe, als der Ausschlagende und es müssen die Rechtsfolgen eintreten,

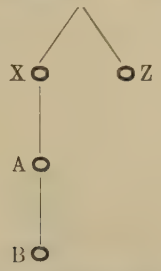
[1]) Strohal, II, § 61 d., S. 39—43 und in 3. A. des Planckschen Kommentars zu § 1952, Herzfelder-Staudinger zu § 1952, Dernburg V. B., § 50 u. a.

[2]) Binder, I, S. 133—139, Hachenburg, Vorträge, 2. A., S. 656. Seine Entscheidung ist aber sicher falsch: A, B und C sind Söhne und Erben des X, a, b und c — des A; er nimmt an, dass wenn a

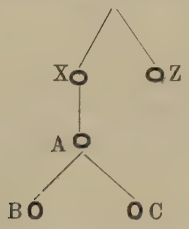


und b die X'sche Erbschaft ausschlagen, ihre $^2/_9$ an B und C fallen, während nach § 1924, Abs. III, die nächsten Erben die Enkel a, b und c sind; schlagen a und b noch einmal aus, so bekommt ihre $^2/_9$ der Enkel c.

wie wenn er selbst ausgeschlagen hätte, d. h. die Neuberufung nach § 1953 Abs. I und II. Das Schicksal der X'schen Erbschaft bleibt das gleiche, wie wenn nur



ein Erbe des Erben vorhanden wäre. Schlägt z. B. B, welcher Testamentserbe seines Freundes A ist, die transmittierte Erbschaft des X aus, so fällt sie zweifellos dem nächsten gesetzlichen Erben des X seinem Bruder Z an. Dasselbe muss aber auch dann geschehen, wenn B noch einen gleichfalls nicht mit A verwandten testamentarischen Miterben C hatte und daher nur einen Teil der X'schen Erb-

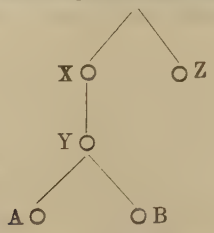


schaft ausschlug; damit scheidet der entsprechende Teil der X'schen Erbschaft aus dem Nachlass des A endgültig aus. Da § 1952 III bewusste Ausnahme aus § 1950 ist, so muss es so angesehen werden, als ob A zur Hälfte die Erbschaft des X angenommen, zur anderen ausgeschlagen hätte.

Bei den Beispielen Strohals ergibt sich nach dieser Auffassung folgendes:

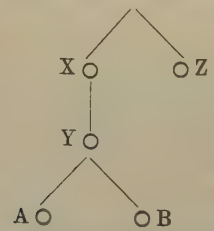
1. Y, A und B sind Sohn und Enkel des Erblassers X, es tritt gesetzliche Folge nach dem X und dem Y ein. (II, S. 40.) Wenn jetzt A gemäss § 1952 die Hälfte

der X'schen Erbschaft ausschlägt, so wird es so genommen, als ob Y sie ausgeschlagen hätte. Infolgedessen



werden nach § 1924, Abs. III, A und B zur Erbfolge berufen [1]), wobei jeder seinen Erbteil (1/4 der grossväterlichen Erbschaft) annehmen oder ausschlagen kann. Schlägt B aus, so hat A diese Hälfte des X'schen Nachlasses wieder, aber schon kraft eigenen Rechts; schlägt dagegen A seinen Erbteil auch jetzt aus, so bekommt B die ganze Erbschaft seines Grossvaters. Schlagen jedoch beide aus, so wird trotz § 1930 der einzige vorhandene Erbe 2. Ordnung der Bruder Z des Erblasser berufen, daneben bleibt auch der Erbe 1. Ordnung Y zur Hälfte (die vom B nicht ausgeschlagen ist) berufen, — das ist Folge der Abweichung von § 1950!

2. Sind A und B für ehelich erklärt und folglich mit X gar nicht verwandt, sind nicht seine gesetzlichen Erben.

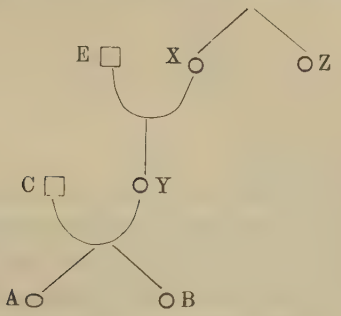


so hat schon die erste Ausschlagung des A zur Folge, dass Z sofort als gesetzlicher Erbe berufen wird.

Dasselbe würde geschehen, wenn Y Testamentserbe des X und Z sein Ersatzerbe wäre usw.

[1]) Wurde B erst nach dem Tode des X erzeugt, so wird nur A zur Erbschaft berufen.

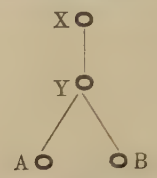
3. Dabei kann die Berechnung der Erbteile sehr kompliziert werden: X ist z. B. der Erblasser, seine gesetzlichen Erben der Sohn Y und die Ehefrau E; gesetzliche Erben des Y sind seine Söhne A und B und



die Ehefrau C. Die Erbteile sind: E — $^1/_4$, Y — $^3/_4$ des X'schen Nachlasses; davon bekommt nach Y's Tode C ein Viertel, also $^3/_{16}$, A und B bekommen je $^3/_4 \cdot {}^3/_8 = {}^9/_{32}$. Als Erbe des Y schlägt A seine $^9/_{32}$ des grossväterlichen Nachlasses aus; kraft § 1924, Abs. 3, fällt der freigewordene Anteil an den A und den B, weder E, noch C sind jetzt berufen; schlägt ein Enkel seine $^9/_{64}$ der Erbschaft aus, so bekommt sie der andere. Schlagen jedoch beide aus, so tritt Erbfolge 2. Ordnung ein, Erbe wird der grossväterliche Bruder Z. Neben Verwandten 2. Ordnung erbt aber der überlebende Ehegatte zur Hälfte, so dass von den in Betracht kommenden $^9/_{32}$ Z nur $^9/_{64}$ bekommt, die anderen $^9/_{64}$ fallen der E an. Im Ergebnis bekommen: E — $^1/_4$ + $^9/_{64}$ = $^{25}/_{64}$, C — $^3/_{16}$, B — $^9/_{32}$, Z — $^9/_{64}$. Alle sind an der Erbengemeinschaft beteiligt, aber nur E und Z sind Miterben, während C und B in die Stellung des Miterben Y einrücken.

c) Die Rechtslage ist in solchen Fällen keineswegs einfach. Wenn A als Erbe seines Vaters Y und dann auch als Erbe des Grossvaters die X'sche Erbschaft

ausschlägt, B dagegen annimmt, so ist er scheinbar Alleinerbe des X geworden. Er ist aber nur zur Hälfte gesetzlicher Erbe des X, zur anderen ist nicht er, sondern sein Vater Y Erbe und nur im Rahmen des Y'schen Nachlasses

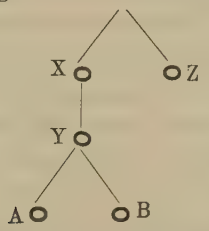


erwirbt er diese Hälfte des grossväterlichen Nachlasses. Deshalb sind die Schicksale beider in seiner Person vereinigten Hälften verschieden. Er kann als Erbe des X oder des Y erbunwürdig werden, dann verliert er die oder jene Hälfte der X'schen Erbschaft, aber nicht die ganze. Wird ihm als dem gesetzlichen Erben des X Errichtung des Inventars angeordnet, so haftet er nur zur Hälfte unbeschränkt, wenn er die Frist versäumt hat, und in diesem Fall können sich die Gläubiger des X aus seinem übrigen Vermögen, auch dem Anteil an der Erbschaft des Y befriedigen. Mit dieser Hälfte des X'schen Nachlasses (als gesetzlichem Erbteil) haftet er nicht für die väterlichen Schulden, die andere Hälfte gehört dagegen zum Nachlass des Y und dient zur Befriedigung für dessen Gläubiger. Wird über den Nachlass des Y Konkurs eröffnet oder Nachlassverwaltung angeordnet, so ergreifen sie nur eine Hälfte des X'schen Nachlasses, die andere bleibt frei. Bei Inventarerrichtung müssen beide Erben des Y (A, wie B) auch eine Hälfte des X'schen Nachlasses aufnehmen, aber nicht den ganzen. Versäumen A und B an Stelle ihres Erblassers Y das Inventar für seine ihm von X angefallene Erbschaft zu errichten[1]), so haftet der Erbe

[1]) (Gesetzliche) Erben des X sind Y und B. Jedem Erben kann die Frist des § 1994 gestellt werden. Wem hat das Nachlassgericht an Stelle des Y die Frist zu bestimmen? Wenn nur dem B (weil A den Anteil am X'schen Nachlass ausschlägt), so könnte

Y (vertreten durch A und B) mit seinem ganzen Vermögen für die Hälfte der Schulden des X (soweit die Voraussetzungen der §§ 2059—2061 vorliegen), der ganze Nachlass des Y, nicht bloss der Anteil des B, dient dann zur Befriedigung der Gläubiger des X.

Das alles zwingt uns zum Schluss, dass der von B nicht ausgeschlagene Anteil an der X'schen Erbschaft nach wie vor zum gemeinschaftlichen Nachlass des Y gehört und dass er der freien Verfügung des B entzogen ist. Obwohl A bei der Auseinandersetzung aus dem grossväterlichen Nachlass nichts erhalten wird, ist er, solange die Erbengemeinschaft dauert, an ihm mitberechtigt. Daraus folgt, dass auch für den Nachlass des X



eine selbständige Erbengemeinschaft entsteht, deren Mitglieder sind: B als Miterbe und an Stelle des Miterben Y seine Erben A und B gemeinschaftlich[1]).

Dasselbe geschieht natürlich auch dann, wenn A und B Adoptivkinder des Y waren und nach Ausschlagung des A der Erbteil auf Z übergeht.

§ 10. Rechtsfolgen aus dem Erbrecht.

Das Recht Erbe zu sein und das Recht die Erbschaft

B durch Versäumung der Frist auch den A zu Schaden bringen. Man wird sich für Bestimmung der Frist für beide (A und B) entscheiden. — Derselbe Gedanke liegt auch der Vorschrift des § 2008 zugrunde: durch Verschulden eines Mitgliedes der Gesamthand soll nicht das andere geschädigt werden.

[1]) B kann das dadurch vermeiden, dass er, wie A, den Anteil an der X'schen Erbschaft nach § 1952 ausschlägt und dann die ganze grossväterliche Erbschaft al gesetzlicher Erbe (Alleinerbe) annimmt.

zu haben (das Recht an der Erbschaft) sind also weder identisch, noch untrennbar. Das erstere ist Erbrecht im subjektiven Sinne, das jus successionis; es ist unvererblich, höchst persönlich. Das letztere ist das Recht am Nachlass und ergibt sich aus dem Erbrecht, ist aber selbst ein vererbliches Vermögensrecht und erlischt nicht mit dem Tode des Erben, anders als die meisten aus Personenrechten sich ergebenden Vermögensrechte (z. B. Nutzniessungsrecht des Vaters, Ehemanns).

Das Erbrecht im subjektiven Sinn ist das Recht Erbe zu sein. Seine Hauptfolge bildet das Recht am Nachlass (man könnte es vielleicht dingliches Erbrecht nennen), wenn ein solcher vorhanden ist. Daneben bestehen noch einige mehr formelle und nebensächliche Folgen. So ist das Ausschlagungsrecht ganz unabhängig vom Recht am Nachlass und steht grundsätzlich nur dem Erben zu. Ein persönliches nicht übertragbares Recht des Erben ist auch das Recht, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen. (§ 2194)[1]).

Alle Rechtsfolgen, die sich auf den Erben als solchen beziehen, treten unmittelbar nur bei ihm, nicht bei demjenigen, der das Recht am Nachlasse hat, ein. Dies sind: Eintritt einer auflösenden Bedingung, welche an die Person des Erben gebunden war, und die Erbun-

[1]) Zweifelhaft ist es, ob dieses Recht vererblich ist. Darüber vergleiche Schultze in Jherings Jahrbücher, B. 43, S 95 f., Planck-Strohal zu § 2194, Bem. 1, a. E. Das Recht des § 2194 ist ein höchst persönliches Recht, das dem Erben als solchem zusteht; der Erbeserbe ist aber nach u. A. nicht Erbe des 1. Erblassers. Trotzdem muss die Vererblichkeit zugegeben werden, weil „damit die Möglichkeit eines Zwanges gegen den Beschwerten erhalten bleibt." (Schultze, S. 96); dadurch wird die Vollziehung der Auflage mehr gesichert: wer sonst könnte die Erfüllung verlangen, wenn der Erbe gestorben ist und andere nach § 2194 berechtigte Personen nicht vorhanden sind? — Anders bei Uebertragung des Anteils nach § 2033 BGB. — darüber unten § 14 III.

würdigkeit. Verliert dabei der Erbe sein Erbrecht mit oder ohne (Nacherbfolge) rückwirkende Kraft, so erlischt zugleich auch das Recht am Nachlass, auch wenn es bereits einem anderen als dem Erben zustand.

Ein Recht, das nur dem Erben als solchem zustehen sollte, ist auch das Recht, die Ausstellung eines Erbscheins vom Nachlassgericht zu verlangen, weil der Erbschein zum Ausweis des Erbrechts dienen soll. Die praktischen Zwecke, welche durch Ausstellung des Erbscheins erreicht werden, beziehen sich aber sämtlich auf die Erbschaft; der Erbschein soll zur Legitimation des Erben bei Rechtsgeschäften inbezug auf den Nachlass dienen. Beim Erben des Erben bleibt aber die erste Erbschaft als solche fortbestehen und auch er bedarf oft eines sicheren Beweismittels zur Legitimation bei Verfügungen über den seinem Erblasser angefallenen Nachlass, sein eigener Erbschein könnte dazu nicht ausreichen. Deshalb wird auch ihm trotz Schweigens des Gesetzes das Recht eingeräumt, die Ausstellung eines Erbscheines auf den Namen seines Erblassers zu verlangen. Dagegen kann er nicht verlangen, dass er selbst in dem Erbschein als Erbe bezeichnet wird: er ist kein Erbe des ersten Erblassers, das Erbrecht als das Recht Erbe zu sein ist ein Personenrecht und vererbt sich nicht [1] [2] [3]).

[1]) Ueber die Schwankungen in der Praxis vgl. Herzfelder-Staudinger, 3./4. A., zu § 2353 und die RG.-Entscheidung im B. 64, S. 173 ff.

[2]) Insofern ist es berechtigt, wenn Sohm (II, S. 185 f.) sagt: „Das Erbrecht ist ein Statusrecht (personenrechtliches Recht)." Dagegen bestimmt er seinen Inhalt nicht richtig: „Es macht die Eigenschaft eines Verwandten, bzw. eines Bedachten, geltend." (ibid.) Darauf wendet Hedemann (Archiv f. bürgerl. R., B. 31, S. 322 ff.) ein, dass auch der Beschenkte ebensoviel oder — nach seiner Meinung — ebensowenig eine Eigenschaft geltend macht. Sohm erwidert: „Aber der Beschenkte ist ausser Stande, seine Eigenschaft als Beschenkter geltend zu machen. Er kann immer nur geltend machen den Inhalt des schenkweise erworbenen Rechts. Darum

IV. Kap. Verfügungen über den Anteil am Nachlass.

Nachdem wir die Begriffe des Vermögens-Nachlasses, des Anteils am gemeinschaftlichen Vermögen und des Erbrechts näher zu analysieren versucht haben, können

---

ist sein Anspruch je nach der Art dieses Rechts ein verschiedener, während der Erbe immer seine Eigenschaft als Erbe und darum, soweit er als Erbe auftritt, immer den gleichen Erbschaftsanspruch durchsetzt, um welche Erbschaftsbestandteile es sich auch handle" (III, S. 383, Anm. 16.) Das ist m. E. irreführend: Sohm verwechselt zunächst das Recht des Beschenkten gegen den Schenker auf Erfüllung des Versprechens mit dem schenkweise erworbenen Recht, welches natürlich alles mögliche — Forderungsrecht, Eigentum, beschränktes dingliches Recht usw. — sein kann. Das Recht, die Erfüllung der Schenkung zu verlangen, hat dagegen immer den gleichen Inhalt, und der Beschenkte tritt dabei immer als solcher auf. Noch mehr trifft es bei den Trägern von absoluten Rechten zu: der Eigentümer tritt immer als solcher auf, „macht seine Eigenschaft als Eigentümer geltend", selbst wenn er nicht die rei vindicatio, sondern einen Anspruch auf Unterlassung der Störung oder einen anderen „Anspruch aus dem Eigentum" erhebt. (Auch der Beschenkte hat als solcher andere Ansprüche, ausser auf Erfüllung des Versprechens, §§ 523 ff.) Andererseits tritt der Erbe oft als solcher auf, ohne darum den Erbschaftsanspruch geltend zu machen — Sohm meint doch den Anspruch aus § 2018? — so wenn er die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Rechte auffordert (§ 2061), vom Käufer der Erbschaft den Kaufpreis verlangt, die Auseinandersetzung von den Miterben verlangt oder Konkurseröffnung beantragt. Alle diese Ansprüche sind nicht hereditatis petitio, und doch tritt er als Erbe auf. — Weder diese Ansprüche, noch der Erbschaftsanspruch bilden den Inhalt seines Erbrechts, sie entstehen aus dem Recht am Nachlass und können daher von Personen geltend gemacht werden, die selbst keine Erben sind, vom Erben des Erben, vom Erbschaftskäufer, soweit sie ihm abgetreten werden können (so namentlich die hereditatis petitio des § 2018 selbst) und, wie im folgenden auszuführen ist, auch vom Erwerber eines Erbteils. (Sohm gibt ja selbst zu, dass „auf den Erben des Erben die Erbschaft, nicht das Erbrecht" übergeht III, S. 375, Anm. 7).

[3]) Bemerkenswert ist die klare Ausdrucksweise des neuen schweizerischen Zivilgesetzbuchs, welches überall zwischen dem Erbrecht und dem Recht am Nachlass unterscheidet, so z. B. der Art. 542, Abs. II: „Stirbt ein Erbe, nachdem er den Erbgang erlebt hat, so vererbt sich sein Recht an der Erbschaft auf seine Erben."

wir zu den verschiedenen Auslegungen des § 2033 BGB. Stellung nehmen.

§ 11. Der Kaufvertrag.

I. Der Wortlaut des Abs. I Satz 1 des § 2033 ist: „Jeder Miterbe kann über seinen Anteil an dem Nachlass verfügen."

Die Ansichten über seine Bedeutung gehen weit auseinander. Während er nach Wendt [1]) dem Erben bloss die Möglichkeit der Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs gewähren soll, sieht darin Binder [2]) eine Verfügung über das Erbrecht, und Strohal [3]) — eine Verfügung über die Mitberechtigung am Nachlass.

Der § 2033 war dem ersten Entwurf mit seiner atomistischen Regelung des Miterbenverhältnisses unbekannt. Erst die zweite Kommission hat ihn eingeschoben, nachdem die Erbengemeinschaft gesamthänderisch umgestaltet worden war. Veranlassung dazu war, dem Erben die Möglichkeit des Austritts aus einer Gemeinschaft zu gewähren, in die er ohne seinen Willen geriet, mit gleichzeitiger Verwertung seines Anteils [4]) (sonst könnte er auch durch Ausschlagung der Erbschaft aus der Miterbengemeinschaft ausscheiden). In erster Linie wurde also an den Verkauf des Erbteils gedacht; und in der Tat kann § 2033 systematisch wie praktisch nur als Ergänzung des letzten Abschnittes des BGB. über den Erbschaftskauf gedacht und verstanden werden.

Jeder Erbe kann seine Erbschaft einem Dritten verkaufen (§ 2371), dann muss er aber auch seine Verpflichtungen aus dem Vertrag erfüllen und dem Käufer die Erbschaft übertragen können (cfr. § 433 BGB.). Statt der gewöhnlichen Uebertragung durch Einzeltradi-

[1]) Archiv f. zivil. Praxis, B. 89, S. 433 ff.
[2]) Rechtsstellung des Erben, III, S. 95 ff
[3]) II, S. 97 f. und bei Planck zu § 2033.
[4]) Vgl. Protokolle der 2. Kommission, V, 838.

tionen (§ 2374), welche ihm vor der Auseinandersetzung unmöglich ist, soll der Miterbe seine Pflicht durch Uebertragung des ganzen Anteils erfüllen können. Umsomehr befremdend ist es, dass § 2033 aus dem Zusammenhang mit §§ 2371 ff. gerissen ist; er hätte etwa als 2. Absatz des § 2374 dort stehen sollen und auch auf andere Vorschriften modifizierend einwirken müssen [1]).

Deshalb kann der wirkliche Inhalt des § 2033 nur aus den §§ 2371 ff. abgeleitet werden, indem wir diejenigen Rechte und Pflichten des Verkäufers und Käufers zusammenstellen, deren Erfüllung durch § 2033 I bewirkt werden soll.

II. „Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft" (§ 2371) kann sich auf die ganze Erbschaft oder einen Erbteil beziehen, weil nach § 1922 II auf den Anteil des Miterben die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung finden. Dies wird auch durch §§ 2372, 2373 u. a. bewiesen, welche nur beim Erbteilskauf anwendbar sind. Auch ist der Verkauf einer Quote der Erbschaft bezw. des Erbteils möglich.

Dagegen ist dem Gesetz der Verkauf des Erbrechts durch den Allein- oder Miterben unbekannt; er könnte sich nur als Verkauf eines Rechts nach §§ 433 ff. vollziehen, falls das Erbrecht übertragbar wäre, und die §§ 2371 ff. könnten nicht angewendet werden.

Gegenstand des Kaufvertrags ist die Erbschaft, worunter das Gesetz die Gesamtheit der auf den Erben

---

[1]) Man wende dagegen nicht ein, dass er als Vorschrift über das Erfüllungsgeschäft zu §§ 2371 ff. ebensowenig gehöre, wie die Vorschriften über den Eigentumserwerb in den Abschnitt über den Kauf: ebenso, wie §§ 2371 ff. wegen der Besonderheiten der Rechtslage von §§ 433 ff. BGB. getrennt und in die erbrechtlichen Vorschriften eingereiht sind, müsste auch § 2033 sich an die übrigen Rechtssätze über den Erbschaftskauf anschliessen.

übergegangenen oder in seiner Person entstandenen Vermögensrechte, Rechtspositionen und Verbindlichkeiten versteht (cfr. Kap. I und III, § 8). Den Umfang des Verkauften bestimmen näher die §§ 2372 ff.

Nach § 2372 gebühren die Vorteile aus dem Wegfall eines Vermächtnisses, einer Auflage oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben dem Käufer. Doch kann der verkaufende Miterbe diese Vorteile sich vorbehalten; welche Bedeutung dieser Vorbehalt bei Erfüllung des Kaufvertrages nach § 2033 erhält, werden wir erst später sehen.

Dagegen ist ein dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufes angefallener Erbteil im Zweifel nicht mitverkauft (§ 2373). Dies bedarf näherer Untersuchung: jeder Anfall infolge des Wegfalls eines anderen Erben „gilt als mit dem Erbfall erfolgt" (cfr. 1953, 2344 BGB.). Diese Rückbeziehung findet also in § 2373 nicht statt. Der Anfall kann aber vor dem Abschluss des Kaufes erfolgen, ohne dass der Verkäufer davon wusste. Der Zweck der Vorschrift des § 2373 zwingt uns zur Entscheidung, dass auch dieser Anteil nicht als mitverkauft gilt, so dass bei Anwendung des § 2373 als Zeitpunkt des Anfalls derjenige Zeitpunkt angesehen wird, in dem der Verkäufer vom Anfall an ihn Kenntnis erlangt [1]).

Kaufobjekt ist also der Anteil am Nachlass, welchen der Verkäufer zur Zeit des Vertrags hatte; er ist verpflichtet, denselben dem Käufer zu verschaffen (§ 433 — der Anteil ist keine Sache). § 2374 bestimmt, wie er das bewirken kann: „Der Verkäufer ist verpflichtet dem Käufer die zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände herauszugeben". Nur dazu ist der

[1]) Sonst müsste der verkaufende Erbe auch den neuen Anteil herausgeben. Freilich könnte er den Vertrag anfechten (§ 119 BGB., auch der Anteil ist eine „Sache", das Wort ist hier nicht technisch — § 90 BGB. — gebraucht), weil er über die Grösse des Anteils im Irrtum war.

Verkäufer verpflichtet, obwohl er zu dieser Zeit noch keine Erbschaftsgegenstände hat und an ihnen als einem Inbegriff bloss mitberechtigt ist. Eine Pflicht zur Herausgabe bezw. Uebertragung des Erbteils kennt das Gesetz nicht. Der Käufer hat nur einen Anspruch auf Uebertragung der dem Verkäufer zustehenden Erbschaftsgegenstände. Da aber der Verkäufer vor der Auseinandersetzung keine Erbschaftsgegenstände hat (oder wenigstens über sie nicht verfügen darf), so bleibt ihm, entweder die Auseinandersetzung von seinen Miterben zu verlangen und dann dem Käufer die ihm zugeteilten Gegenstände zu übertragen, oder ihn durch Uebertragung des Anteils gemäss § 2033 abzufinden. — Nun nehmen wir an:

a) Der Käufer (K) verlangt die Uebertragung der Einzelgegenstände nach § 2374, der Erbe A will ihm statt dessen seinen Anteil am gemeinschaftlichen Nachlass übertragen. K darf diese Leistung ablehnen, ohne dadurch in Annahmeverzug zu geraten, weil der Verkäufer zur anderen Leistung verpflichtet ist. K wird oft guten Grund dafür haben, weil er so die Scherereien mit den Miterben, die Mühe der Auseinandersetzung, die Lasten der gemeinsamen Verwaltung etc. vermeidet. Natürlich kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden, dass er den Anteil im ganzen bekommen soll; der Erbe verkauft oft den Anteil um die Verwaltung der Erbschaft loszuwerden.

b) A will die Auseinandersetzung selbst durchführen, K besteht aber auf der Abtretung des Anteils im ganzen. Trotzdem kann A die Auseinandersetzung mit seinem Miterben durchführen, und wenn er dann dem K die ihm zugeteilten Gegenstände überträgt, so darf K die Leistung nicht ablehnen, sonst kommt er in Annahmeverzug.

Das Gesetz macht in §§ 2371 ff. gar keinen Unterschied zwischen dem Verkauf des Erbteils vor und nach der Auseinandersetzung. Hat A den Erbteil noch vor der

Auseinandersetzung verkauft, soll aber die Uebertragung des Anteils erst später erfolgen, so kann auch ohne seinen Willen der Nachlass inzwischen geteilt werden, da andere Miterben jederzeit die Auseinandersetzung verlangen können. In diesem Fall wird natürlich die Leistung dem A nicht unmöglich, das Gesetz macht hier keinen Unterschied zwischen dem Anteil am gemeinschaftlichen Nachlass und der Summe der Gegenstände, welche A bei Teilung erhält: der Käufer kann sich nicht darauf berufen, dass er jetzt etwas anderes bekommt, und kann nicht vom Vertrag zurücktreten.

Es ist noch zu beachten, dass der Erbe A oft nur dann einen höheren Kaufpreis für seinen Anteil erlangen wird, wenn er den Käufer vor Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Miterben sicher stellt. Am einfachsten erreichen die Parteien ihr Ziel durch Abschluss eines Kaufvertrags unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Verkäufer vorher die Auseinandersetzung durchführe; auch kann A den K zur Durchführung der Auseinandersetzung bevollmächtigen, was jedoch später die Uebereignung der Nachlassgegenstände durch A nicht ersetzt. Ein solcher Vertrag ist kein negotium in fraudem legis, weil das Vorkaufsrecht nur solange besteht, als die Gemeinschaft fortdauert [1]).

Die Uebertragung des Anteils durch ein Rechtsgeschäft nach § 2033 ist also eine Art der Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag zur Uebertragung der Nachlassgegenstände (§ 2374) und kann deshalb nur mit Zustimmung des Käufers statt der Singularsuccession geschehen [2]) [3]).

---

[1]) Dagegen wäre ein auflösend bedingter Kaufvertrag für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Miterben (§§ 2034 ff.) im Sinne des § 506 unwirksam.

[2]) Daher nicht zutreffend Frommhold zu § 2371, welcher meint, dass der Inhalt des Vertrags ein verschiedener sei, je nachdem der Erbteil vor der Auseinandersetzung oder nach derselben oder die ganze Erbschaft verkauft wird: „der Verkauf des Anteils eines

§ 12. Veräusserung des Erbrechts.

I. Wenn trotzdem über den Inhalt und die Tragweite der Verfügung über den Anteil nach § 2033 so verschiedene Ansichten geäussert werden, so liegt es daran, dass auch über das Wesen des Anteils am gesamthänderischen Vermögen Uneinigkeit besteht (cfr. Kap. II).

Die einfachste Lösung des Problems ergäbe sich für diejenigen, welche unter dem Anteil am Nachlass (überhaupt am Vermögen) bloss die Summe der Anteile an Einzelgegenständen verstehen. Es bestünde dann gar keine Schwierigkeit bei der Auslegung des § 2033. Der Verkäufer ist ja zur Uebertragung der Anteile an den Einzelgegenständen verpflichtet, und obschon das Gesetz aus Rücksicht auf die Nachlassgläubiger die Erben zu Gesamthändern verbunden und die Verfügung über Einzelanteile untersagt hat (2033 II), so ist doch gerade beim Erbschaftskauf für die Sicherheit der Nachlassgläubiger schon ohnedies genügend gesorgt (§§ 2382 ff). So wäre es leicht verständlich, wenn das Gesetzbuch dem Erben die Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage dadurch ermöglichte, dass er über alle Einzelanteile zusammen (= Anteil am Nachlass) verfügen dürfte. Dabei könnte auch die Verkehrssicherheit durch Unterlassung der sonst bei Grundstücksübereignung etc. erforderlichen Formalgeschäfte nicht gefährdet werden, weil die Einzelanteile auch beim Erwerber des Anteils gebunden blieben (§ 2033 II). Der Sinn des § 2033 wäre also:

Miterben begründet die Verpflichtung dem Käufer die Stellung des Verkäufers in der Erbengemeinschaft einzuräumen." Das Gesetz spricht aber diese Verpflichtung nirgends aus.

[3]) Der Gesellschafter kann seinen Anteil durch Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs verwerten. Wenn auch dem Erben seine Abtretung frei stünde (darüber ausführlicher § 13), so könnte er — mit Zustimmung des Käufers selbstverständlich — seine Verpflichtungen aus dem Kauf durch solche Abtretung erfüllen. Das wäre die dritte Erfüllungsart neben §§ 2374 und 2033.

„Jeder Miterbe kann über die Gesamtheit seiner Anteile an Einzelgegenständen durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag verfügen, nicht aber über einzelne Anteile".

Von unserem Standpunkt ist diese Deutung schon deshalb unmöglich, weil der Anteil am Nachlass etwas wesentlich anderes ist, als Summe der Einzelanteile. Merkwürdig ist aber, dass diese Auslegung von keinem Vertreter der atomistischen Theorien aufgestellt wird, obwohl sie ihnen nahe liegen müsste. Vielmehr haben sie dem § 2033 eine ganz andere Bedeutung beigelegt.

II. „Die Verfügung über den Anteil ist Verfügung über das Erbrecht", erklärt der Hauptvertreter dieser Theorie Binder [1]). Derselben Ansicht sind auch Endemann [2]), Eck [3]), Frommhold [4]), Kress [5]), Jäger [6]), wohl auch Dernburg [7]) u. a. m [8]).

---

[1]) Rechtsstellung des Erben, III, S. 95 ff.

[2]) Lehrbuch, III. S. 362 : Der Miterbe „kann die Erbberechtigung selbst durch unmittelbar wirkenden dinglichen Vertrag auf einen anderen übertragen". Im Widerspruch dazu steht seine Aeusserung in § 110, S. 481 : „der Miterbe darf über seinen Anteil frei verfügen, d. h. er kann die aus seinem Mitrechte an dem Nachlass als Vermögensganzen ihm zustehenden Rechte insgesamt als Einheit übertragen, belasten, aufheben etc...." Das „Mitrecht" bleibt also bei ihm ? — „Jurist. Wochenschrift", 1910, Nr. 3.

[3]) Vorträge, III., S. 320. „Der Miterbe kann vor der Auseinandersetzung sein Recht selber und damit sein Eigentum usw. an einen anderen übertragen". Beim Alleinerben würde die Uebertragung des Erbrechts den Uebergang des Eigentums ohne Auflassung oder Uebergabe usw. bewirken, „dagegen tritt beim Miterben diese Konsequenz nicht ein, weil er durch Veräusserung seines Anteils noch nicht zugleich über die einzelnen Nachlassgegenstände verfügt, sondern nur über die Erbenmitgliedschaft in ihrer Totalität".

[4]) Vergl. Bem. zu §§ 2033 (nicht ganz klar) und 2371.

[5]) S. 175 ff.

[6]) „Erbenhaftung und Nachlasskonkurs", S. 107: der Käufer „wird Miterbe an Stelle des Verkäufers"; vorsichtiger in seinem

Zur Begründung seiner Ansicht führt Binder folgendes an:

1) Er verwirft die Auffassung, es sei nur der Anteil, nicht das Erbrecht veräussert, weil „diese Scheidung von Erbrecht und Anteil entschieden der natürlichen Auffassung widerspricht". Diesen Widerspruch vermag ich nicht einzusehen, umsomehr als die Scheidung zwischen ihnen nach der Auseinandersetzung „der natürlichen Auffassung" offenbar nicht widerspricht: in diesem Fall bleibt nämlich der Verkäufer unbedingt Erbe, der Anteil (als Summe der zugeteilten Gegenstände) gehört aber dem Erwerber. — Auch in einem anderen Fall tritt die Scheidung zwischen Erbrecht und Anteil ein, nach wie vor der Auseinandersetzung: das ist beim Uebergang des Erbteils auf die Erben des Erben (ob. § 9).

2) Das Besondere der Erbengemeinschaft besteht nach seiner Ansicht darin, „dass die Gemeinschafter Erben sind und nicht etwa, dass der Nachlass eine besondere Art von Rechtsobjekt bildet. Nun scheint mir zweifellos", fährt er fort, „dass der Anteil an der Erbschaft, den der Miterbe überträgt, dadurch dass er übertragen wird, keine juristische Veränderung erleidet, und dies scheint nur dadurch möglich zu sein, dass das Erbrecht selbst übertragen wird". (S. 92.)

Nach unserer Ansicht besteht freilich das Besondere der Erbengemeinschaft darin, dass sie eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist, welche einen Rechtsinbegriff zum Objekt besonderer anteiliger Herrschaftsrechte hat, wobei

---

Kommentar zur Konkursordnung, § 232 Anm. 2: der Käufer „rückt in die Rechtsstellung des veräussernden Miterben ein".

[7]) I, 3. A., § 103, Anm. 10, S. 355. Die Stelle ist unklar: „ das Anteilsrecht als solches gilt als übertragen" — was versteht aber Dernburg unter Anteilsrecht?

[8]) Ausführliche Literaturangaben in der Entscheidung des Kammergerichts, Bd. IV, S. 114 der „Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit".

diese Rechte kraft des Personenrechts — „Erbrechts“ entstehen, aber von ihm trennbar sind, und wir versuchten das an der Vererbung des Rechts am Nachlass zu beweisen, so dass obige Ausführungen nicht durchschlagend sind. Aber selbst vom gegenteiligen Standpunkt ist Binders Schluss durchaus nicht zwingend: an den Tatbestand der Uebertragung wie an jedes Rechtsgeschäft knüpft die Rechtsordnung regelmässig mehrere Rechtsfolgen an; deshalb erleidet der Anteil bei Uebertragung eine juristische Veränderung und sie könnte gerade darin bestehen, dass von diesem Zeitpunkt an der Anteil einem anderen und nicht dem Erben zusteht. Binder müsste noch beweisen, dass die Rechtsordnung daran eine andere Rechtsfolge, den Uebergang des Erbrechts auf den Erwerber, geknüpft hat.

3. Zu gunsten der rechtsgeschäftlichen Uebertragung des Erbrechts führt Binder weiter an (S. 92 f.), dass sie logisch nichts unmögliches darstellt, und wenn nach ausdrücklicher Vorschrift des BGB. Erbe nur derjenige wird, der dazu berufen ist, so sei damit noch keineswegs gesagt, dass nur diese Berufenen die Rechtsstellung haben können, die regelmässig dem Erben gegeben ist.

Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass aus der logischen Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Uebertragung des Erbrechts noch nicht folgt, dass sie auch positiv durch das BGB. gestattet ist. Dann aber tritt in diesen Ausführungen die Unklarheit seines Erbrechtsbegriffs besonders hervor. Ist Erbrecht, das Recht Erbe zu sein, so kann, wie Binder selbst zugibt, nur der Berufene Erbe werden, so dass positiv der Satz feststeht, dass das Erbrecht unübertragbar ist. Versteht er dagegen unter dem Erbrecht „die Rechtsstellung des Erben“, so muss doch diese näher bezeichnet werden. Ist es etwa die Rechtsstellung in Bezug auf den Nachlass? Dass diese übertragbar sei, möchten auch wir annehmen,

nur wollen wir das nicht Erbrecht nennen; jedenfalls wäre es ein rein terminologischer Streit. Rechnet jedoch Binder zur Rechtsstellung des Erben auch sein Recht die Erbschaft auszuschlagen, die Möglichkeit, dass er erbunwürdig wird usw., so bezweifeln wir, dass diese Rechtsstellung auf den Erwerber je übergehen könnte. Dass der Erwerber im geltenden Recht niemals die volle rechtliche Stellung des Miterben erwirbt, folgt schon daraus, dass ihm dieses „Erbrecht" von seinen Miterben abgenommen werden kann (durch Ausübung des Vorkaufsrechts), was den echten Erben nicht geschehen kann. — Auch sind im BGB. Beispiele dafür vorhanden, dass jemand die Ausübung eines Rechts, also die Rechtsstellung des Berechtigten, nicht aber das Recht selbst erlangen kann — cfr. § 1059 beim Niessbrauch. So wäre es denkbar, dass der Erwerber des Anteils zwar die Rechte aus dem Erbrecht erlangt, also gewissermassen „das Erbrecht ausübt", selbst aber nicht Erbe wird [1]).

[1]) Ob die Uebertragung des Erbrechts überhaupt möglich ist, möchte ich bezweifeln. Das Erbrecht ist zu eng mit der Person des Erben verbunden, welcher als gesetzlicher Erbe Verwandter oder Ehegatte des Erblassers sein muss (hier abgesehen vom Fiskus), als Testamentserbe vom Erblasser selbst bestimmt wird; die Verwandtschaft ist aber durch Rechtsgeschäft nicht übertragbar und ebensowenig kann sich durch Vertrag zwischen dem Erben und dem Erwerber der Wille des Erblassers ändern. Es kommt noch hinzu, dass gerade der Erbe durch seine persönlichen Eigenschaften oder Taten das Erbrecht auch verlieren kann. Sollte das Erbrecht übertragbar sein, so müsste der Erwerber selbständig annehmen und ausschlagen können (welcher Zeitpunkt wäre für die Fristen der §§ 1944 ff. massgebend?), nur er könnte erbunwürdig werden, nicht der frühere Erbe. Man müsste aber selbst dann zwischen originärem und abgeleitetem Erbrechtserwerb unterscheiden: während der Erbe sonst „originär" das Erbrecht erlangt und unmittelbarer Rechtsnachfolger seines Erblassers ist, würde der durch Rechtsgeschäft Erbe Gewordene Rechtsnachfolger des ersten Erben sein, und sein Erbrecht würde vom Bestehen des Erbrechts seines Zedenten abhängen. Natürlich ist eine Erbrechtsübertragung inter

4. Endlich beruft sich Binder auf das preussische allgemeine Landrecht, welches Verfügungen über das Erbrecht zulässt, und im Anschluss an welches die Erbengemeinschaft des BGB. gestaltet ist.

Das ALR. ist jedenfalls kein zwingender Beweis für seine Theorie, denn ein Rechtssatz kann auch ohne seine konstruktive Grundlage aus rechtspolitischen Erwägungen übernommen werden, was im BGB. sehr oft geschieht [1]).

In unserem Fall kommt aber in Betracht, dass die Veräusserung des Erbrechts in das BGB. ausdrücklich nicht aufgenommen wurde [2]). Gegenstand des obligatorischen

---

vivos sicher nicht. Freilich könnte das Gesetz durch eine Reihe von komplizierten Vorschriften und Aufstellung von Fiktionen erreichen, dass der Erwerber „als Erbe gilt"; der einzige praktische Zweck — Erwerb der Erbschaft — lässt sich aber viel einfacher erreichen, wie dies das BGB. zeigt, welches mit Recht darin vom preuss. ALR. abweicht.

[1]) Z. B. § 571: „Kauf bricht Miete"; das „jus ad rem", auf welchem dieser Satz beruhte, ist aber nicht aufgenommen worden.

[2]) Vgl. Protokolle, B. II, S. 113: „Es soll grundsätzlich dabei bleiben, dass der Erbschaftskauf als Sondernachfolge in die einzelnen Erbschaftsrechte, nicht als Verkauf des Erbrechts aufzufassen ist." Durch Aufnahme des § 2033 wurde daran garnichts geändert, wie die Protokolle, B. V, S. 837 ff., zeigen: Gegen diese Vorschrift wurde eingewendet, dass Verfügungen über Inbegriffe unmöglich seien und kein Grund bestehe, dingliche Verfügungen über den Erbteil zuzulassen, wenn über die ganze Erbschaft auch nicht dinglich verfügt werden könne. Die Mehrheit beschloss die Annahme dieses Paragraphen mit der Begründung, dass der neue Entwurf den Inbegriff anerkannt habe und dass bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand der Anteil am Vermögen „ein einheitliches Recht sei, das durch Vertrag einheitlich übertragen werden könne" (S. 838). Von einer Verfügung über das Erbrecht war dabei keine Rede, und es wurde keine Anlehnung an das System des preuss. ALR. vorgeschlagen.

Für das ALR. lässt sich nicht bestreiten, dass es Veräusserung des Erbrechts oder „Erbschaftsrechts" vom Verkauf der Erbschaft als eines Inbegriffs unterscheidet; so ausdrücklich ALR, I, 11, § 447: „ Nur alsdann ist ein wirklicher Erbschaftskauf vorhanden,

Geschäfts ist die Erbschaft (§§ 2371 ff.), nicht das Erbrecht, demgemäss muss auch die Erfüllung in der Ueber-

wenn das Erbschaftsrecht selbst oder ein Teil desselben verkauft werden". Daher muss auch der Käufer erbfähig sein (§ 451), ihm steht das Accrescenzrecht zu (§§ 457, 458) usw. Nur scheint es, dass dabei unklar geblieben ist, was das „Erbrecht" selbst bedeutet: Recht am Nachlass oder „Recht Erbe zu sein". Auffallend ist schon der Sprachgebrauch im ALR., welches selbst nach dem Abschluss des Kaufes, mithin nach Uebergang des Erbrechts (§ 447), immer den Verkäufer und nicht den Käufer als Erben bezeichnet, so namentlich § 463 (auch 469, 472 u. a.): „Es steht denselben (den Gläubigern) frei, sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft oder an den Erben selbst zu halten." Nach § 447 ist auch der Verkauf einer Quote des Erbrechts möglich (auch durch den Alleinerben), was nur dann denkbar ist, wenn unter Erbrecht nicht das Recht Erbe zu sein, sondern das Recht an der Erbschaft verstanden wird. Obwohl der Erbe aufhören soll Erbe zu sein, und der Käufer als Nachfolger des Erblassers gilt (§ 367 f.), bleibt trotzdem der Verkäufer den Gläubigern verhaftet (§ 462—464), die zum Nachlass gehörenden Forderungen gehen auf den Käufer nach den „bei den Zessionen angenommenen Grundsätzen" über (§ 471) [auf den Erben gehen sie anders über, er ist der wahre unmittelbare Rechtsnachfolger des Erblassers]. Wie das „Erbrecht" in praxi verstanden wurde, zeigt am besten, dass der Käufer für Handlungen des Erben einstehen musste und unbeschränkt haftete, wenn jener die Erbschaft ohne Vorbehalt annahm (vgl. Förster Eccius, 4, 357); nach der Teilung der Erbschaft konnte der Miterbe sein Erbrecht nicht mehr veräussern, weil „das Miterbenrecht sich in Eigentum oder Miteigentum an den im Nachlass befindlich gewesenen" Sachen umwandelt (Förster-Eccius, IV, S. 626 f.). Das ist sicher falsch, weil auch der Alleinerbe, der ja vom Erbfall an Alleineigentümer (§ 368) usw. wird, das „Erbrecht" verkaufen kann, dies zeigt aber, dass die Praxis bestrebt war den Kauf als einen Vertrag über das Recht am Nachlass aufzufassen. — In der Literatur haben sich Unger, Oesterreichisches Erbrecht, 3. A., S. 222 f. und Engel in Johows Jahrbuch, B. VII, gegen Veräusserung des Erbrechts ausgesprochen, teilweise auch Koch im Kommentar zu §§ 445 ff. (B. I, S. 742 ff.), wo er sich oft widerspricht; anders die herrschende Lehre, vertreten von Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. III, S. 682 ff. und Förster-Eccius, 6. A., B. IV, S. 625 ff.

tragung der Erbschaft bestehen. Der Erbschaftskauf des BGB. ist von demjenigen des preussischen ALR. grundsätzlich verschieden; infolgedessen kann auch die Verwandtschaft der Vorschriften des BGB. über die Erbengemeinschaft mit denen des ALR. garnichts für Binders Ansicht beweisen.

III. Auf eine andere Weise versucht Endemann die Theorie vom Uebergange des Erbrechts zu beweisen[1]).

a) Ausgehend von dem Recht des Miterben am Nachlass als einem Inbegriff („es gibt keine Anteilrechte an den einzelnen Nachlassgegenständen, sondern bloss die den Mitgliedschaftsrechten entsprechenden Anteile an der Nachlasseinheit"), erklärt er: „die Miterben sind Miteigentümer zur gesamten Hand an dem Nachlass. Miterbe ist also (?!), wer als Mitglied der Erbengemeinschaft einen Anteil an der Nachlasseinheit hat." Die Unzulässigkeit dieses Schlusses liegt auf der Hand: es gilt eben zu beweisen, dass wer einen Anteil an dem gemeinschaftlichen Nachlasse erworben hat, auch Miterbe ist.

b) Gegen die Ansicht des Reichsgerichts (RG., 64, 175), das Wort „Erbe" sei streng technisch zu nehmen, führt Endemann (sub. 4) eine Reihe von Vorschriften an, wo unter dem „Erben" auch andere Personen als der zuerst Erbe gewordene zu verstehen sind. Er beruft sich zunächst auf den § 2087 BGB. Doch spricht dieser etwas anderes aus. Es handelt sich hier gerade um Korrektur einer untechnischen Bezeichnung. Die Vorschrift beseitigt nämlich für das BGB. das Erfordernis der förmlichen Erbeinsetzung („Titius heres esto") und wendet auf die letztwillige Verfügung die allgemeine Regel des § 133 BGB. an. Gerade weil der Erblasser

[1]) Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteils und sein Recht auf Erteilung eines Erbscheines. Juristische Wochenschrift 1910, Nr. 3.

oft in Unkenntnis der rechtlichen Bedeutung des Wortes „Erbe“ ist, soll der unrichtigen Erfüllung seines letzten Willens vorgebeugt werden.

Mit Unrecht ist auch der § 167 I 2 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag angezogen. Hier kommt es nicht auf das tatsächliche endgültige Erbrecht an, sondern auf die nähere Individualisierung des Berechtigten, dessen Bezugsrecht ganz unabhängig von seinem Erbrecht besteht. Dasselbe gilt auch für den § 1609 I BGB.: hier kann man gar nicht wissen, ob der jetzt Unterhaltsberechtigte später wirklich Erbe des Verpflichteten sein wird. Uebrigens wird der Nichtberufene überhaupt gar nicht Erbe genannt: i. f. — „diejenigen, welche ... als Erben berufen sein würden.“

Die von Endemann angeführten Vorschriften, in welchen nach seiner Ansicht kein Grund vorliegt unter dem Erben nur den Erstberufenen zu verstehen, zerfallen in 3 Gruppen:

α) Das BGB. erklärt, dass ein Recht des Erblassers auf seine Erben nicht übergeht [1]), es erlischt also mit dem Tode. Zweifellos gilt diese Vorschrift auch für den Erbeserben und jeden anderen Rechtsnachfolger des Erben, aber aus dem einleuchtenden Grund, weil das Recht überhaupt nicht mehr existiert.

β) Ein Recht des Erblassers geht auf den Erben über. Dann gehört es zu dessen eigenem Vermögen und nach seinem Tode zu seinem Nachlasse; folglich steht es seinem Erben (Erbeserben) unmittelbar neben allen anderen Nachlassgegenständen zu. Einen Beweis da als für, dass unter dem Erben hier auch andere Personen der Erstberufene zu verstehen sind, kann ich in diesen Vorschriften — §§ 530 II, 847 I 2, 1424, 1712 II — nicht finden.

Als Beispiel führt Endemann das Kündigungsrecht des Erben des Mieters an (§ 569): „wenn als Erstberufener der Bruder des Mieters Erbe wird, er aber

[1]) §§ 1502, Satz I 2 und 81 II 3.

wenige Tage darauf selbst stirbt: wird dann irgend jemand daran zweifeln, dass die weiteren Erben kündigungsberechtigt sind?" — Gewiss nicht, weil das Kündigungsrecht des Bruders des ersten Erblassers zu seinem eigenen Nachlass gehört und von seinen Erben ausgeübt werden kann. — Oder könnte etwa, wenn der Bruder erst zwei Jahre später stirbt, dann sein Erbe nicht kündigen?! Sicher ja, weil das Kündigungsrecht ganz unabhängig in der Person jedes Erben entsteht.

γ) Die dritte Gruppe bilden Verbindlichkeiten, welche in der Person des Erben entstehen oder auf ihn vom Erblasser übergehen. Als solche bilden sie passive Bestandteile seines Vermögens, und wenn sie später auf seine eigenen Erben übergehen, so kann das auch nicht als Beweis für den untechnischen Wortgebrauch in diesen Vorschriften (§§ 673, 884, 1097, 1582, auch 1712 II) gelten.

c) Auch aus den §§ 1953 und 2344 kann der von Endemann behauptete weitere Begriff des Wortes „Erbe" nicht geschlossen werden. Mag die Fiktion des § 1953 noch so sehr den Tatsachen widersprechen, der endgültige Erbe bleibt aber immer unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers.

d) Diese Unmittelbarkeit des Erbschaftserwerbs ist auch bei der Nacherbfolge vorhanden und bildet den wichtigsten Unterschied des Nacherbfolgeverhältnisses von dem durch die Uebertragung des Erbteils geschaffenen. Aus diesem Grunde muss der Versuch abgelehnt werden, zwischen beiden weitgehende Verwandtschaft zu sehen; sie sind vielmehr grundsätzlich verschieden. Nicht auf das Erstberufensein, sondern auf die Unmittelbarkeit der Rechtsnachfolge kommt es an; deshalb hat der Nacherbe von dem Eintritt der Nacherbfolge an ein volles Erbrecht, während es dem Erwerber des Anteils und dem Erbeserben fehlt. Der Erwerber eines Erbanteils leitet sein Recht am Nachlass vom Erbrecht seines Veräusserers ab; er erhält

den Anteil in dem Umfange und in derselben Rechtslage, in welchen der Anteil dem Veräusserer gehörte; haftete jener für die Nachlassverbindlichkeiten bereits unbeschränkt, so haftet auch der Erwerber unbeschränkt; verliert der Veräusserer sein Erbrecht, so verliert auch der Erwerber das Recht am Nachlass. — Anders beim Nacherben: zwar bleiben die Verfügungen und andere Verwaltungsmassregeln des Vorerben auch ihm gegenüber wirksam, freilich nur nach Massgabe der §§ 2112 ff., seine Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten ist aber ganz unabhängig von derjenigen des Vorerben, sein Recht am Nachlass ist unabhängig vom Erbrecht des Vorerben.

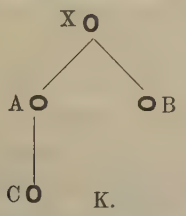
e) Unter Erbberechtigung versteht Endemann:

1. „das Recht auf den Anfall der Erbschaft, das dem Erben auf Grund der Berufung unmittelbar dem Erblasser gegenüber zusteht. Dieses Anrecht und diese Erbeneigenschaft kann nach dem BGB. nicht übertragen werden." In dieser Gestalt kann aber das Erbrecht nicht anerkannt werden: ein Recht auf den Anfall der Erbschaft gegenüber dem Erblasser — was ist darunter zu denken? Wie kann es gerichtlich verfolgt werden? Der Erblasser ist schon tot, seine Rechte und Pflichten sind auf den Erben übergegangen; steht also dieses Recht dem Erben gegen sich selbst zu?!

2. „Erbberechtigung" bedeutet „auch das auf Grund des Anfalles erworbene Recht am Nachlasse". Wenn Endemann meint, dass d i e s e Erbberechtigung abgetreten wird, so kann man dem zustimmen, das Recht am Nachlass geht tatsächlich auf den Erwerber über. Nur ist damit nicht bewiesen, dass er auch Erbe wird; m. a. W. das Erbrecht erschöpft sich nicht in dem Recht am Nachlass, es hat auch weitere Konsequenzen, und gerade in dem von Endemann behandelten Fall ist es praktisch von Wichtigkeit, ob das Erbrecht sich im Recht am Nachlass erschöpft und der Erwerber wirklich Erbe wird?

Darauf gibt uns der Aufsatz keine Antwort. Auch der sub 6. versuchte „positive Beweis aus dem Gesetze“ beantwortet nicht unsere Frage. Das Recht am Nachlass umfasst auch das Verwaltungsrecht und Verfügungsrecht des Miterben, sie gehen deshalb auf den Erwerber über, und trotzdem ist er nicht Erbe geworden, weil neben dem Recht am Nachlass noch andere Rechte des Erben bestehen [1]).

IV. Damit sind die Beweise erschöpft (bei den übrigen Schriftstellern wird diese Theorie nur behauptet, nicht bewiesen), und wir mussten alle als ungenügend ablehnen. So bleibt die These, dass die Verfügung über den Erbteil Verfügung über das Erbrecht sei, unbegründet. Nun prüfen wir ihre Folgen. Schon die nächste erweist sich als mit dem Gesetz unvereinbar. Binder sagt: „das Erbrecht und das Recht am Nachlass sind . . untrennbar“ (III, S. 95). Wir haben dagegen bereits den wichtigsten Fall behandelt, wo sie voneinander trennbar sind — den Uebergang des Rechts am Nachlass auf den Erben des Erben. Der Anteil und das Erbrecht sind also trennbar. — Nehmen wir jetzt an, dass der Alleinerbe



C des Miterben A den transmittierten [1]) Anteil selb-

[1]) Endemann schliesst aus dem Uebergang des Erbrechts' dass der Erwerber einen auf seinen Namen lautenden Erbschein verlangen kann. Mit der ganzen Theorie müssen wir auch diese Folgerung ablehnen; ein Recht des Erwerbers auf den Erbschein besteht aber trotzdem, nur muss dieser auf den Namen des veräussernden Miterben lauten. Vgl. darüber ausführlicher § 14, III a. E.

[1]) d. h. den Anteil, welchen sein Erblasser selbst erhalten hat.

ständig oder mit dem übrigen Nachlass des A verkauft und demnach überträgt. Der Veräusserer C hat doch kein Erbrecht gehabt, und wenn der Käufer seine Stellung erwirbt, so wird auch er nicht Erbe des X; in diesem Fall ist also die Verfügung des § 2033 sicher keine Uebertragung des Erbrechts. Wollte man trotzdem dem K ein Erbrecht gewähren, so müsste es in seiner Person selbst entstehen, was doch ganz unwahrscheinlich ist.

Ein anderer Fall, wo die Konstruktion der Erbrechtsübertragung recht künstlich erscheint, ist die Veräusserung einer Quote des Erbteils[1]). Der Alleinerbe oder ein Miterbe nach der Auseinandersetzung kann einen Bruchteil seiner Erbschaft verkaufen und dann in entsprechender Form übertragen, obwohl dies selten vorkommen wird. Häufiger kann eine Veräusserung der Quote während des Bestehens der Erbengemeinschaft vorkommen, weil sie bei einfacher Form zu Ausgleichungen zwischen den Erben usw. dienen kann. A und B sind z. B. Erben ihres Onkels X zu gleichen Teilen, X hat aber ihnen zu Gunsten seiner Nichte C ein grösseres Vermächtnis auferlegt; um die vielleicht schädliche Veräusserung eines Teils des Nachlasses zu vermeiden, treten A und B jeder $^1/_6$ der Erbschaft der Legatarin C ab. Nach der hier bekämpften Ansicht wird C durch die Uebertragung Erbin des X; aber auch A und B bleiben doch zweifellos Erben, sie verlieren ihr Erbrecht nicht. Folglich müsste das Erbrecht der C ganz selbständig in ihrer Person und nicht durch Uebertragung entstehen. (Ganz ausgeschlossen ist die Kon-

[1]) Dass sie möglich ist, wird allgemein anerkannt. Vgl. statt aller Herzfelder-Staudinger 3./4. A. zu § 2033 und Dernburg V, § 193, S. 546 sub II; auch Binder gibt sie ausdrücklich zu: III, S. 104: „.. wenn er (Miterbe) auch nicht über den ganzen Anteil verfügen muss, so ist doch eine Teilverfügung wiederum nur denkbar als Verfügung über eine Quote des gesamten Erbteils."

struktion der Teilbarkeit des Erbrechts, sofern man unter dem Erbrecht nicht das Recht am Nachlass versteht: A kann nicht einen Teil seines Erbrechts abtreten; ob er zur Hälfte oder zu $^1/_{10}$ oder zur ganzen Erbschaft berufen ist, in allen Fällen hat er nur ein ganzes, volles Erbrecht = Recht Erbe zu sein).

Die Unwahrscheinlichkeit dieser Konstruktion zeigt sich bei andersartigen Verfügungen über den Anteil — Verpfändung, Bestellung des Niessbrauchs. Die Pfandrechts- oder Niessbrauchsbestellung an einem Personenrecht — Erbrecht ist doch sehr künstlich. Binder meint allerdings, dass hier keine Schwierigkeit vorliege, weil auch andere private Mitgliedschaftsrechte gepfändet werden können: „man wird annehmen müssen, dass sie dem Pfandgläubiger insoweit zustehen, als dies für die Realisierung des Vermögenswertes des gepfändeten Rechts erforderlich ist“ (III, S. 95 f.). Allein schon beim Niessbrauch wird diese Erklärung nicht ausreichen, weil dem Berechtigten auch die volle Ausübung des Rechts zustehen muss. Diese Frage erledigt sich aber durch die Unterscheidung des Personenrechts vom Recht am Vermögen; nur das letztere kann nach Massgabe des Gesetzes verpfändet werden usw., nicht aber das Personenrecht.

Auf S. 98 ff. hebt Binder treffend hervor, dass zwischen den Vorschriften über den Erbschaftskauf (§§ 2371 ff.) und § 2033 ff. eine gewisse Inkongruenz besteht. Ihren Grund sieht er ganz richtig darin, dass die §§ 2371 ff. auf der Annahme beruhen, „dass der Erbschaftskauf keine Universalsukzession begründen kann, während die Verfügung über den Erbteil stets den Erwerber zum Universalsukzessor macht“ (S. 98). Nur ist zu bemerken, dass die Universalsukzession im Erwerb eines Inbegriffs uno actu besteht und nicht im Erwerb des Erbrechts. — Die Erfüllung des Kaufvertrags über

die Erbschaft sollte grundsätzlich im Wege der Singularsuccession erfolgen (§ 2374) und deshalb entstand zwischen § 2033 und § 2371 ff. ein nicht zu leugnender Widerspruch.

Sieht man jedoch mit Binder im § 2033 I eine Uebertragung des Erbrechts, so ensteht ein ganz anderer, bedeutenderer Gegensatz zwischen ihnen, nicht in der Erfüllungsart, sondern im Inhalt beider Rechtsgeschäfte: sie decken sich gar nicht, es ist aliud in obligatione, aliud in solutione. Verkauft ist eine bestimmte Quote der Erbschaft, des Vermögens des Verstorbenen, als Erfüllung wird das Erbrecht gegeben! Der Käufer wäre freilich im Vorteil, weil er mit dem Erbrecht als Folge auch das anteilige Recht am Nachlass erworben hätte, das Erbrecht selbst, soweit es ein Mehr als dieses enthält, wäre aber seine ungerechtfertigte Bereicherung und müsste nach § 812 herausgegeben werden!

Die Auffassung, dass der Miterbe über sein Erbrecht verfügt, ist somit unbegründet und führt zu bedeutenden konstruktiven Schwierigkeiten. Wir müssen sie infolgedessen ablehnen [1]).

---

[1]) Eingehender befasst sich mit Binders Ansicht nur Strohal, II, § 64, S. 98, Anm. 20. Er führt gegen sie fünf Gründe an, von denen uns nur die letzten zwei als durchschlagend erscheinen und im folgenden verwertet sind. Die ersten sind aber nicht überzeugend.

ad 1.) „Bei Zulässigkeit der Verfügung über das Erbrecht könnte es keinen Unterschied machen, ob die Verfügung vor oder nach der Auseinandersetzung erfolgt." Es ist aber wohl denkbar, dass das Gesetz nur, solange die Erbengemeinschaft besteht, die Verfügung über das Erbrecht gestatten wollte, wie auch die Nachlassverwaltung nur vor der Auseinandersetzung angeordnet werden kann (§ 2062).

ad 2.) „Eine Verfügung über das Miterbenrecht müsste sich auch auf nicht oder doch nicht mehr zur Erbengemeinschaft gehörende Gegenstände erstrecken, welche der Miterbe kraft seines Miterbenrechts erlangt hat". — Binder behauptet aber, dass gerade

§ 13. Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsergebnis.

I. Anderer Ansicht über die Tragweite des § 2033 ist Wendt[1]). Die Uebertragung des Anteils hat gar keine dingliche Wirkung, sie ist „Abtretung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen wird" (S. 455).

Dies folgt daraus, dass unter Verfügungen über die Erbschaft„ alle Verträge, welche auf Veräusserung der Erbschaft gerichtet sind" (S. 435), zu verstehen sind; die Verfügungen des BGB. erstrecken sich auch auf obligatorische Geschäfte. So seien auch Verfügungen über das Vermögen im ganzen möglich, ersparen aber nicht den dinglichen

---

in solchen Fällen — d. h. wenn ein Teil des Nachlasses zwischen den Miterben bereits geteilt ist — die Verfügung des § 2033 unmöglich sei. Auch diese Behauptung, welche den Einwand Strohals jedenfalls beseitigt, scheint mir unrichtig zu sein, wenigstens fehlt ihr jede positive Grundlage im Gesetz. (Wenn aber die Verfügung über das Erbrecht in solchen Fällen möglich wäre, müsste sie auch die bereits geteilten Gegenstände ergreifen: dem stünde kein Verbot des Gesetzbuchs im Wege, jedenfalls nicht die §§ 925 u. 929 ff. BGB., weil sie durch eine lex specialis aufgehoben würden; das dem Veräusserer bereits zugeteilte Nachlassgrundstück müsste ohne Auflassung auf den Erwerber umgeschrieben werden usw.)

ad 3.) Folge der Verfügung über das Erbrecht wäre, dass der Veräusserer von der Haftung ipso jure frei wäre. „Dies ist aber mit den Vorschriften über die Erbenhaftung nicht in Einklang zu bringen," meint Strohal. Diese Vorschriften (§§ 2382 f.) erklärt aber Binder — von seinem Standpunkt durchaus konsequent — für unanwendbar.

In der Sache selbst hat Strohal in beiden Fällen Recht (ad 2° u. 3°), nur sind es keine Beweise, sondern Folgen aus der anders zu beweisenden richtigen Ansicht.

[1]) „Verfügungen über Erbschaftsanteile", Archiv für civil. Praxis, B. 89, S. 433 ff.; ihm folgt nur Schmale im „Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit u. Notariat", B. V., S. 366 ff. — Dagegen Josef im Arch. f. civil. Praxis, B. 99, S. 315 ff., Binder III, Seite 90 f., Strohal II, S. 95, Anm. 15 und bei Planck zu § 2033.

Rechtsakt, die Uebereignung der Sachen, Abtretung der Forderung usw. Auch im § 2033 handle es sich nur um die Berechtigung zu solcher Verfügung, er schreibe eine Form für den Vertrag vor, enthalte aber keine Bestimmungen über die angeblich dingliche Wirkung solcher Verfügung.

Diese Argumentation ist jedoch verfehlt. Selbst wenn die Verfügung im BGB. verschiedene Bedeutung hätte, müsste man im § 2033 diejenige der dinglichen Uebertragung annehmen (cfr. Josef, a. a. O., S. 320); die Verfügung hat aber immer nur die Bedeutung der unmittelbaren Aenderung der Rechtslage, hat immer dingliche Wirkung [1]). So ist die Grundlage seiner Theorie falsch.

Wendt versucht dann zu beweisen, dass der Erbe nicht über den Anteil verfügt, sondern den „Auseinandersetzungsanspruch" abtritt, wobei er sich auf die Befugnis des Gesellschafters nach § 717 BGB. beruft. Aber gerade aus dem Vergleich des § 2033 I und II mit den §§ 717, 719 folgt die Unhaltbarkeit seiner Ansicht. Nach § 719 kann der Gesellschafter über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen nicht verfügen, während ihm die Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs durch § 717 erlaubt ist. Die Verfügung über den Anteil, welche dem Erben gestattet ist, muss also von der Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs wesentlich verschieden sein.

Endlich steht seiner Auffassung auch der § 2035 I entgegen, in welchem das Gesetz den Fall voraussieht, dass der Anteil auf den Käufer übertragen ist. Bei Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs müsste der Anteil auch weiterhin beim Zedenten [2]) verbleiben.

---

[1]) Josef, S. 320, Strohal, I, 82 u. a. m. (vgl. auch das I. Kap.)

[2]) Vgl. Eccius in Gruchots Beiträgen, B. 43, S. 807.

Wendts Theorie ist daher mit Recht allgemein abgelehnt worden.

II. Fraglich ist dagegen, ob der Erbe den Auseinandersetzungsanspruch überhaupt abtreten kann? Darüber liegt eine wichtige Reichsgerichtsentscheidung im B. 60, S. 126 ff. vor, der im Ergebnis wohl zuzustimmen ist. Die einzelnen Ausführungen sind aber bedenklich [1]). Das Reichsgericht entschied, dass die Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs dem Erwerber des Anteils bezw. dem pfändenden Gläubiger gegenüber unwirksam sei. Das Reichsgericht verwirft die Ansicht Wendts, die Verfügung über den Anteil sei mit der Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs identisch, hebt auch hervor, dass „an den Sachen und Rechten, die zum gemeinschaftlichen Vermögen gehören, keine Anteilsrechte bestehen und daher Verfügungen eines Teilhabers über Anteile an den einzelnen Gegenständen nicht möglich sind“ (S. 128), dann stellt es aber den Satz auf: „Wohl der Gesellschafter, nicht aber der Miterbe kann den Auseinandersetzungsanspruch mit der im § 398 BGB. bezeichneten Wirkung abtreten“ (S. 133). Das Reichsgericht meint, dass der Auseinandersetzungsanspruch des Gesellschafters (§ 717) keine künftige, sondern bereits bestehende Forderung sei, weshalb er gepfändet und daher auch übertragen werden kann. Man möchte denken, dass dies umsomehr beim Erben zutrifft, weil er doch jederzeit die Auseinandersetzung verlangen kann (§ 2042 contra § 719); das Reichsgericht meint aber, dass wenn er seinen Anspruch abtreten könnte, die „Möglichkeit vorhanden sein würde, dass er zunächst diesen Anspruch abtreten und dann über seinen Anteil im ganzen verfügen könnte, und das würde zu der Folge führen, dass der Käufer des Anteils

[1]) Dazu Strohal bei Planck zu § 2033, Bem. 2 f. und Pringsheim, Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils, Breslauer Dissertation, 1906.

nichts erhielte“ (S. 132). Der Käufer wäre aber dann nicht schlimmer gestellt als die Gläubiger des Gesellschafters, welchen er nach der Meinung des Reichsgerichts durch Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs seinen Anteil entziehen kann[1])! Jedenfalls könnte dieser und noch mehr der ihr folgenden Billigkeitserwägung (Gefahren für den Käufer wegen der Haftung entgegengehalten werden, dass auch der Zessionar des Auseinandersetzungsanspruchs geschützt werden muss.

Die Beweisführung ist aber m. E. nicht richtig. Nach § 398 BGB. tritt bei Abtretung einer Forderung der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen, und nach § 413 finden die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen, hiermit auch § 398, auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung. Nun ist freilich auch der Auseinandersetzungsanspruch ein „Recht, von einem Anderen ein Tun . . zu verlangen“ (§ 194 I), es müssen aber die Vorschriften der §§ 398 ff. auf seine Abtretung „entsprechend“ angewendet werden, und dabei ist es zweifelhaft, ob die Abtretung auch jene Wirkung haben kann, dass der Anspruch („das Recht“) endgültig aus dem Vermögen des Zedenten ausscheidet (§ 398). Diese Frage ist bei der Abtretung aller Ansprüche aus absoluten Rechten aufzuwerfen und muss m. E. verneint werden, weil aus dem betreffenden absoluten Recht der Anspruch für jeden neuen Träger des Rechts mit Notwendigkeit entstehen muss. Nehmen wir z. B. an, dass der Eigentümer A seine bei X befindliche Sache dem B vermietet, wobei er ihm zur Erfüllung seiner Pflicht (§ 535) den Herausgabeanspruch gegen X abtritt. Daraufhin verkauft und übereignet er die Sache dem C gemäss § 931. Obwohl der Anspruch auf Herausgabe bereits abgetreten ist, wird doch C trotzdem Eigentümer und

[1]) Ob dies beim Gesellschafter zutrifft, kann dahingestellt bleiben, cfr. jedoch folgendes.

kann die Herausgabe von X verlangen; sonst müsste man für das BGB. die Abgrenzung der obligatorischen von dinglichen Rechten aufgeben. Aehnlich wird auch bei der Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs des Miterben A an den C und bei späterer Uebertragung des Anteils von A auf den K nur der Erwerber des Erbteils K am Nachlass berechtigt sein, und er erhält auch den entsprechenden Teil des Nachlasses bei der Auseinandersetzung. — Schliesslich kommt auch das Reichsgericht zum Ergebnis, dass die Abtretung des Anspruchs durch den Miterben nicht unmöglich ist, sie kann jedoch nur eine vertragsmässige obligatorische Verpflichtung erzeugen (S. 133).

Die Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs kann als Erfüllung statt Uebertragung des Anteils nach § 2033 oder 2374 erfolgen, dann finden §§ 2371 ff. Anwendung. Aber auch in anderen Fällen wird man in dieser Abtretung ein auf Veräusserung der Erbschaft gerichtetes Rechtsgeschäft sehen müssen und demgemäss (§ 2385) die §§ 2371 ff. entsprechend anwenden. Ob der abtretende Erbe verpflichtet ist, sofort die Auseinandersetzung zu verlangen, ist Tatfrage. Auch ist im Zweifel nur er, nicht der Zessionar zur Durchführung der Auseinandersetzung berechtigt und verpflichtet [1]).

§ 14. Veräusserung des Anteils am Nachlass.

I. Der Erbe verfügt also weder über das Erbrecht, noch über den Auseinandersetzungsanspruch. Gegenstand

[1]) Vgl. dazu auch den Art. 635, Abt. II des neuen schweizerischen ZGB.: Werden Verträge über die Abtretung der Erbanteile „von einem Erben mit einem Dritten abgeschlossen, so geben sie diesem kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung, sondern nur einen Anspruch auf den Anteil, der dem Erben aus der Teilung zugewiesen wird". Hier kann also von der Uebertragung des Erbrechts oder des Anteils am Nachlass keine Rede sein, und der Dritte erhält in der Tat nur „dasjenige, was dem Erben bei der Auseinandersetzung zukommt."

der Verfügung ist vielmehr der Anteil selbst, d. h. „die Mitberechtigung des übertragenden Miterben am Gesamthandsvermögen selbst“ (Strohal, II, S. 97 f.), es wird „ein Vermögensbruchteil übertragen.“ (Biermann, Bürgerliches Recht, S. 378, Anm. 20.) Trotz der grundsätzlichen Ablehnung der universitas juris im BGB. wird hier die Möglichkeit der Verfügung über einen Vermögensinbegriff anerkannt[1]).

Doch kann vom Standpunkt der herrschenden Lehre für diese Theorie gar kein Beweis geführt werden, oder die Vorschrift des § 2033 muss als Zweckmässigkeitssatz, als Ausnahme, die in das System gar nicht gehört, dargestellt werden. Anders, wenn zugegeben wird, dass das Vermögen als sachenrechtliche Einheit im BGB. im grösseren Umfang anerkannt ist (cfr. I. Kap.), und dass der Miterbe, wie jedes Mitglied einer Gesamthandsgemeinschaft, keine Anteilsrechte an Einzelgegenständen und nur ein Herrschaftsrecht am gemeinschaftlichen Vermögen als ganzem hat, welches das Gesetz als den Anteil am Ganzen, am Nachlass bezeichnet[2]). Dann gestaltet sich die Verfügung über den Anteil, speziell seine Uebertragung (bzw. Verfügung über eine Quote des Anteils) als eine Verfügung über dieses anteilige Herrschaftsrecht am Vermögen als einem Rechtsinbegriff. Da aber das Recht am Nachlass vom Erbrecht verschieden ist (cfr. III. Kap.), so geht das letztere mit Uebertragung des Anteils auf den Erwerber nicht über, der verfügende Miterbe bleibt auch nach der Uebertragung Erbe. Die Rechtsstellung des Erwerbers ist

---

[1]) Strohal, II, S. 97 f. und bei Planck zu § 2033, Herzfelder-Staudinger, 3./4. A., zu § 2033, Cosack, II, S. 423 („Verfügung über die Erbschaft als ganzes“). Boehm, Erbrecht, 2. A., S. 482; Eccius, S. 807 f. (in Gruchots Beiträgen, B. 43); jetzt auch die Praxis der obersten Gerichte. RG., B. 64, S. 173 ff., sowie die unten angeführten Entscheidungen des KG. u. bayr. Ob. LG.

[2]) cfr. Kap. II.

derjenigen des Erben des Erben ähnlich: es steht ihm das Recht am Nachlass zu, aber nicht kraft eigenen Rechts, und es ist deshalb sein Recht am Nachlass vom Erbrecht seines Vermittlers abhängig. Doch besteht zwischen beiden auch ein grosser Unterschied. Der persönlich Berechtigte ist dort (beim Erbeserben) selbst weggefallen, sein Erbrecht ist erloschen, der neue Träger des Rechts am transmittierten Nachlass erwirbt dieses letztere Recht mit dem übrigen Vermögen des Verstorbenen kraft seines Erbrechts; zwischen ihm und dem Erben, der ja tot ist, können keine Rechtsbeziehungen speziell wegen dieses Anteils entstehen. Hier, bei der Verfügung über den Anteil, lebt aber der veräussernde Erbe, und das Erbrecht besteht in seiner Person fort, der Uebergang des Rechts am Nachlass vollzieht sich durch ein Rechtsgeschäft inter vivos, welches seinerseits Rechte und Pflichten der Parteien begründet. Auch Dritten gegenüber sind jetzt zwei Subjekte berechtigt und verpflichtet: der Erbe kraft seines Erbrechts, der Erwerber auf Grund seines Rechts am Nachlass. Als Dritte kommen namentlich die Miterben und die Nachlassgläubiger in Betracht.

II. Für das Verhältnis zwischen dem Erwerber des Anteils und dem Erben sind in erster Linie die §§ 2371 ff. massgebend. Es wurde schon hervorgehoben, dass sie nicht ganz auf die Uebertragung des Anteils im ganzen zutreffen, weil die Gesetzesverfasser von der Annahme ausgingen, die Erfüllung des Erbschaftskaufs geschehe nur durch Einzelübertragungen.

Bei der Analyse einzelner Vorschriften ergibt sich folgendes:

(ad § 2372.) Die Vorteile aus dem Wegfall eines Vermächtnisses oder einer Auflage, oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben gebühren dem Käufer. Binder (S. 103) meint, dass dieser dispositive Rechtssatz bei Verfügungen nach § 2033 jus cogens oder vielmehr

gegenstandslos wird, weil der Käufer mit dem Erbrecht selbstverständlich auch diese Vorteile erwirbt. Zu demselben Ergebnis müssen aber auch wir kommen, obwohl nach unserer Ansicht der Erwerber nicht Erbe wird. Denn der Erwerber des Anteils erhält nicht die Summe einzelner Gegenstände, sondern das Anteilsrecht am Nachlass als einer universitas, unabhängig von den Veränderungen in ihren Bestandteilen. Der (dinglich wirkende) Vorbehalt einzelner Nachlassgegenstände durch den Miterben bei der Uebertragung des Anteils wäre ebenso unwirksam, wie seine Verfügungen über einzelne Nachlassgegenstände. Dagegen kann der Käufer sich verpflichten den ev. Vorteil aus dem Wegfall eines Vermächtnisses dem Verkäufer herauszugeben. Hat z. B. der Erblasser angeordnet, dass bei der Teilung der Erbe A seine ganze Münzsammlung erhalten soll, und ihm zu Gunsten des X ein Vermächtnis von bestimmten Münzen aufgelegt, so bleibt, wenn A den Erbteil verkauft und X das Vermächtnis ausschlägt, das Vermachte zunächst im Eigentum des Erwerbers, nur kann er sich zur Uebereignung an den A verpflichten.

Im Anschluss daran ist zu bemerken, dass auch sonst Vorbehalt einzelner Gegenstände durch den Verkäufer nur obligatorisch, nicht dinglich wirken kann. Es entsteht für den Erwerber des Anteils die Verpflichtung, nach der Auseinandersetzung den vorbehaltenen Gegenstand, falls er ihm zugeteilt wird, ev. auch den Anteil an ihm, dem veräussernden Miterben zu übereignen. Will daher der Erbe ganz sicher sein, so muss er vor Uebertragung des Anteils die Ausscheidung des Gegenstandes aus der Gemeinschaft bewirken, was jedoch nur im Einverständnis mit den übrigen Erben erreicht werden kann, weil der Erbe nicht berechtigt ist, eine Teilauseinandersetzung zu verlangen.

(ad § 2373). Demgemäss wirkt auch der vom Gesetz präsumierte Vorbehalt der Familienpapiere und -bilder

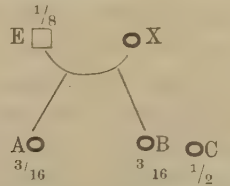
nur obligatorisch, so dass der Anteilserwerber bloss verpflichtet ist, die bei der Auseinandersetzung in sein Eigentum gelangenden Gegenstände dieser Art dem Verkäufer zu übereignen. Bei den Familienbildern wird das auch ohne weiteres geschehen können (in der Regel wird über sie auch ausdrückliche Vereinbarung getroffen sein, falls sie von grösserem Wert sind). Schwieriger ist die Lage bei den Familienpapieren, welche ja nach § 2047 Abs. II, gemeinschaftlich bleiben. Ist es eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (auch eine solche kann von den Miterben vereinbart werden), so kann der auf den Erwerber fallende Bruchteil übertragen werden. Wie aber, wenn die Papiere in der früheren Gemeinschaft, d. h. in der Gesamthandsgemeinschaft bleiben? Soll dann der Erwerber seine Mitberechtigung an ihnen in einer der Uebertragung des Anteils nach § 2033 I analogen Weise dem Erben abtreten können? — Die ganze Rechtslage im Fall des § 2047 ist nicht genügend aufgeklärt; praktische Schwierigkeiten werden dabei kaum entstehen.

Viel wichtiger ist die Frage, wem der Erbteil zusteht, welcher dem Verkäufer nach dem Kaufabschluss durch Nacherbfolge oder infolge Wegfalls eines Miterben angefallen ist.

Geschieht der Anfall zwar nach dem Vertragsabschluss, aber vor der Uebertragung des Anteils, so ist doch der Verkäufer im Zweifel nur zur Uebertragung des alten bereits verkauften Anteils verpflichtet, die Rechtslage ist also dieselbe, als ob der Erbe eine Quote seines Anteils verkauft hätte: er überträgt den alten Anteil und bleibt am neuen allein berechtigt.

Fällt ein Erbe nach der Uebertragung des Anteils weg, und erhöht sich dadurch der Anteil des Veräusserers, so ist zu beachten, dass diese Accrescenz nicht kraft seines Rechts am Nachlass, sondern seines ihm auch nach der Uebertragung zustehenden Erbrechts geschieht:

der neue Arteil gebührt ihm als Erben und nicht als Anteilsberechtigtem. Sind A und B als Söhne und E als Ehefrau des X gesetzliche Erben, und C Testamentserbe zur Hälfte, so sind ihre Anteile entsprechend $^1/_8$, $^3/_{16}$, $^3/_{16}$ und $^1/_2$ der Erbschaft. Das Recht am Nachlass



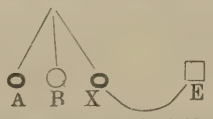
ist bei allen Erben identisch, es unterscheidet sich nur durch die Grösse des Erbteils. Schlägt jetzt A die Erbschaft aus, so fällt sein Anteil ausschliesslich dem B an, weil nicht das Recht am Nachlass, sondern das persönliche Erbrecht bei Anfall eines freigewordenen Erbteils bestimmend ist. Daraus folgt, dass mit der Uebertragung des Rechts am Nachlass auf den Käufer seines ursprünglichen Anteils B das Recht auf den neuen Anteil nicht verliert und jener nur ihm, nicht dem Erwerber K anfällt. — Selbst wenn zwischen B und K vereinbart wurde, dass bei Wegfall eines Miterben die Erhöhung dem K gebühren soll, fällt der Anteil zunächst dem B an, und er ist bloss zur Uebertragung an den K verpflichtet[1]).

Die Erbteile, welche infolge der Nacherbfolge anfallen, sind in der Regel vom ursprünglichen Erbrecht

[1]) Vgl. auch Strohal, II, 98, Bem. 20 zu 4 gegen Binder, welcher übrigens selbst anerkennt, dass der anwachsende Anteil dem Erben verbleibt (III, S. 105 — insofern ist auch dieser Einwand Strohals nicht berechtigt) mit der sehr dunklen Begründung, die Accrescenz folge aus dem Berufungstatbestand, welcher durch die Verfügung über das Erbrecht nicht berührt werde. Der Berufungstatbestand bewirkt aber nur das Entstehen des Erbrechts; wie er „fortdauern" kann, ist mir unklar, und jedenfalls sollte man meinen, dass mit dem Verlust des Erbrechts durch den Berufenen auch der Berufungstatbestand keine Wirkungen mehr äussern wird. Hätte in unserem Beispiel B ausgeschlagen, bevor A wegfiel, so würde A's Anteil sicher nicht ihm, sondern anderen anfallen. — Binders Vergleich

ganz unabhängig. X hat z. B. seine Ehefrau E zur Hälfte und die Söhne A und B zu je $^1/_4$, ausserdem aber auch als Nacherben der E eingesetzt. Hier erhält A seinen

Anteil als Nacherbe der E selbst dann, wenn er als Erbe des X seinen ersten Anteil ausschlug. Deshalb macht es keine Schwierigkeiten, wenn A seinen Anteil nicht ausschlägt, sondern veräussert; beim Eintritt der Nacherbfolge fällt der Anteil unbedingt an ihn, und nicht an den Erwerber K. Es kann sich aber auch anders verhalten[1]). X setzt seine Frau zur Hälfte, seine Brüder A und B je zu $^1/_4$ als Erben ein; für den Fall der zweiten Heirat der E sollen sie ihre Nacherben sein, „falls sie seine Erben werden." Der Erblasser wollte damit verhindern, dass sein ganzes Vermögen bei dem Wegfall seiner Brüder etwa in die Hände anderer Verwandten



falle. A schlägt aus, sein Anteil fällt dem B (vielleicht auch der E) an; später tritt Nacherbfolge ein und weil A nicht Erbe seines Bruders X geworden ist, ist B der alleinige Nacherbe. Hat B seinen ersten Anteil bereits ver-

---

mit dem Beamten, welcher durch Abtretung seiner Gehaltsforderung nicht aufhört, Beamter zu sein, ist sehr geeignet, seine Theorie zu widerlegen. Er sagt: „ebensowenig hört der ursprünglich Berufene durch die Verfügung über den Erbteil auf, berufen zu sein." Das ist richtig, der Berufene ist aber Erbe, so dass aus Binders Worten folgt, dass durch die Verfügung der Erbe nicht aufhört, Erbe zu sein.

[1]) Daher unrichtig Binder, welcher behauptet, dass der neue Anteil immer unabhängig sei (S. 105).

äussert, so bleibt er trotzdem allein am neuen Anteil berechtigt, weil er, und nicht der Erwerber, Erbe ist und durch die Verfügung das Erbrecht nicht verliert.

(ad § 2374.) Diese Vorschrift ist regelmässig unanwendbar, aber nicht weil der Verkäufer zu Einzelübertragungen nicht verpflichtet ist — im Gegenteil, nur dazu ist er im Zweifel verpflichtet. Wenn aber der ganze Anteil übertragen wird, so sind in der Regel die Einzelübertragungen nicht mehr erforderlich. Anders jedoch, wenn ein Teil des Nachlasses bereits zwischen den Erben geteilt ist; dann erwirbt der Käufer durch die Verfügung nach § 2033 bloss den Anteil an dem noch gemeinschaftlichen Vermögen. Der Verkäufer muss dann die bereits geteilten Gegenstände, soweit er sie erhalten hat, ihm einzeln nach Massgabe des § 2374 übereignen, bezw. übertragen. Sind z. B. zwischen den Miterben die Nachlassgrundstücke verteilt worden, so dass die Erben als Eigentümer (oder Miteigentümer nach Bruchteilen) in das Grundbuch eingetragen sind, so muss der Verkäufer das Grundstück dem Käufer auflassen (§ 925 BGB). In solchen Fällen wird auch ein Vorbehalt der bereits geteilten Gegenstände dinglich wirksam sein[1]).

(ad § 2375) Hier ist hervorzuheben, dass der Veräusserer nur gemeinschaftlich mit den übrigen Erben einen Gegenstand verschenken usw. konnte, sodass er lediglich zum Ersatz des Wertes seines Anteils verpflichtet ist.

Ueber die §§ 2376 und 2379—2381 ist nichts besonderes zu bemerken. Der § 2377 ist gegenstandslos, weil bei der Erbengemeinschaft Erlöschen einer Verbindlichkeit oder eines Rechts unmöglich ist (anders Binder

[1]) Binder behauptet, dass nach solcher Teilung der Anteil überhaupt nicht übertragen werden kann, ohne dafür einen Grund anzugeben (S. 106). Jedenfalls sind für den Fall des § 2033 seine Ausführungen III. 319 (N. 24) nicht zutreffend, wonach §§ 2059 ff. nur bei voller Intaktheit des Nachlasses anwendbar sind (dagegen Strohal, II, 354; vgl. auch S. 98, Anm. 20 ad 2 und den obigen § 12 III).

S. 107). § 2384 ist anwendbar, da die Anzeigepflicht ganz unabhängig von der Erfüllungsart des Vertrags ist (anders wiederum Binder, S. 108).

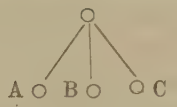
III. Der Erwerber des Anteils erlangt alle auf den Nachlass bezüglichen Rechte und Pflichten des Veräusserers und tritt an seine Stelle in die Erbengemeinschaft ein, wodurch er auch die Rechte und Pflichten aus §§ 2038 ff. erhält; bei der Ausgleichung hat er natürlich dasjenige zu konferieren, was der veräussernde Erbe als Ausstattung etc. bekommen hat. Sein Recht, Auseinandersetzung zu verlangen, wird ausdrücklich durch § 86 FGG. bestätigt. — Der Veräusserer tritt dagegen aus der Gemeinschaft aus und verliert alle Rechte inbezug auf den gemeinschaftlichen Nachlass. Wohl trifft ihn aber auch nach der Uebertragung die Auskunftspflicht nach § 2057.

Die Ansprüche und Verpflichtungen aus der Verwaltung des Nachlasses bis zur Uebertragung sind im Zweifel nicht mitverkauft, und solange der Veräusserer seine etwaigen Ansprüche nicht abtritt, kann nur er, nicht der Erwerber, sie geltend machen. Für die Verwaltung bis zur Uebertragung ist ebenfalls nur der Veräusserer den Miterben (und Nachlassgläubigern) verpflichtet.

Schwieriger ist es mit solchen Rechten und Pflichten, welche dem Erben als solchem, und nicht als dem am Nachlass Berechtigten oder als einem Gesamthänder zustehen.

Das Ausschlagungsrecht, welches dem Erben unabhängig von den Miterben und von seinem Recht am Nachlass zusteht, kommt hier nur als Recht, die erfolgte Annahme nach § 1954 BGB. anzufechten, inbetracht, weil durch eine Verfügung über den Erbteil der Erbe wenigstens konkludent die Annahme erklärt; die Anfechtung der Annahme gilt aber nach § 1957 Abs. I als Ausschlagung. Es fragt sich daher, ob das Anfechtungs- und mit ihm das Ausschlagungsrecht dem Erben verbleibt oder auf den Erwerber übergeht? Selbständig, d. h. ohne das

Grundrecht, kann das Anfechtungsrecht als ein unselbständiges Gestaltungsrecht nicht übertragen werden [1]). Es könnte aber mit seinem Grundrecht übergehen. Nach unserer Ansicht ist es aber nicht mit dem Recht am Nachlass, sondern mit dem Erbrecht verbunden, welches ja nicht übertragbar ist. Deshalb muss das Anfechtungs- und mit ihm das Ausschlagungsrecht dem Veräusserer verbleiben; nur er, nicht der Erwerber, kann die Annahme anfechten; tut er das, so verliert er das Erbrecht, was jedoch zur Folge hat, dass auch der Erwerber den Anteil verliert und auf Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer angewiesen ist. — Doch wäre bei anderer Entscheidung der veräussernde Miterbe mehr gefährdet. Er könnte z. B. ausschlagen (d. h. die Annahme anfechten), will es aber nicht tun, weil voraussichtlich sein Miterbe B



K

ausschlagen wird und C erbunwürdig ist, so dass er auch ihre Anteile erlangen könnte; ficht jetzt der Erwerber K die Annahme des A an, so verliert jener die ganze Erbschaft. Oder, umgekehrt, A möchte anfechten, weil er nachträglich vom unsauberen Vermögenserwerb des Erblassers erfährt — auch hier soll ihm K nicht im Wege stehen [2]).

Seinen eigenen Erwerb kann der Käufer natürlich

---

[1]) Cfr. Oertmann zu § 399, Anm. 1, g.

[2]) Deshalb wird man zu derselben Entscheidung auch dann gelangen, wenn man annimmt, dass das Ausschlagungsrecht mit dem Recht am Nachlass verbunden ist. Zutreffend sagt Seckel, dass „das Anfechtungsrecht nicht übergeht, wenn seine Ausübung auch die Rechtssphäre des Rechtsvorgängers berühren würde". („Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts", Festgabe der Berliner juristischen Gesellschaft für R. Koch, Berlin 1903, S. 228.)

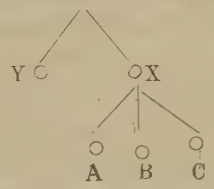
anfechten, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind. Dabei gilt der Anteil als eine „Sache" im Sinne des § 119 und die Anfechtungserklärung ist an den Veräusserer zu richten (§ 143 II BGB.), während die Anfechtung der Annahme der Erbschaft dem Nachlassgericht gegenüber erfolgt (§ 1945 I).

Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen des Erblassers nach den §§ 2078 ff. wird in der Regel nur dem Erben, nicht dem Erwerber zustehen. Kann jedoch eine letztwillige Verfügung angefochten werden, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet wurde, so kommt doch ihre Aufhebung nur dem Erwerber des Anteils zustatten (§ 2372), so dass nur er zur Anfechtung berechtigt ist; die Rechtsstellung des Erben wird durch diese Anfechtung nicht berührt.

Die Erbunwürdigkeit kommt hier in doppelter Beziehung in Betracht: der Erbe kann selbst erbunwürdig sein und er kann den Erbschaftserwerb eines anderen nach § 2341 anfechten. Im letzteren Fall erhöht sich unter Umständen (nicht immer) sein Anteil, wobei stets er und nicht der Erwerber seines ursprünglichen Anteils den neuen erlangt. Jenem kommt also der Wegfall des Erbunwürdigen selbst mittelbar nicht zu statten, so dass nur der Erbe die Anfechtungsklage erheben kann.

Ist der veräussernde Erbe selbst erbunwürdig, so verliert er mit Rechtskraft des Urteils sein Erbrecht, wodurch auch der Erwerber seines Anteils das Recht am Nachlass verliert (sein guter Glaube gewährt ihm keinen Schutz). Dagegen schadet es weder ihm, noch dem Veräusserer, wenn er selbst eine der in § 2339 aufgezählten Handlungen begangen hat; selbst dann behält er den Anteil, wenn auch er (der Erwerber) Erbe war und sein eigenes Erbrecht durch Anfechtung nach § 2342 verloren hatte. Des Erblassers Sohn A verhinderte z. B. den Erblasser durch Testament seine Maitresse zur

Alleinerbin einzusetzen; es tritt gesetzliche Erbfolge ein, Erben sind die Söhne des X — A, B und C. Der

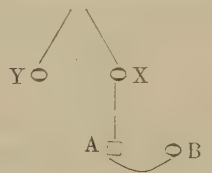


Bruder Y des Erblassers erhebt aber gegen A die Anfechtungsklage, und sein Anteil geht infolgedessen auf B und C über. Wenn jetzt B und C diesen Anteil dem A schenkweise übertragen, so ist er zweifellos nicht Erbe, sein Erwerb des Anteils kann nicht angefochten werden und er bleibt am Nachlass berechtigt. (Schlägt später B die Erbschaft aus, so fällt dann sein Anteil nur dem C an)[1]).

Das Pflichtteilsrecht steht an sich nicht dem Erben, sondern gewissen Verwandten und dem Ehegatten zu, regelmässig sogar nur im Fall, wenn sie nicht Erben werden. Trotzdem muss es hier erwähnt werden, weil auch eine Verbindung zwischen ihm und dem Erbrecht möglich ist. Der veräussernde Miterbe kann pflichtteilsberechtigt sein. In den Fällen der §§ 2305 und 2325 kann er Ergänzung seines Anteils verlangen. Dieser Anspruch ist jedoch von dem Miterbenanteil ganz unabhängig und geht auf den Erwerber des Anteils nur bei besonderer rechtsgeschäftlicher Uebertragung über (§ 2317 II). Bei Bestimmung des Ergänzungspflichtteils im § 2305 wird der wahre Wert des Anteils und nicht der vom Verkäufer bezahlte Preis massgebend sein. — Im Fall des § 2306 I, Satz 1,

[1]) Anders wäre es nach Binders Theorie. Wird nach dieser Ansicht der Erwerber Erbe, so muss auch die Erbunwürdigkeit nur in seiner Person bestehen können. Hat also der eigentlich erbunwürdige Erbe seinen Anteil schleunigst dem gutgläubigen K veräussert, so ist er vom Verlust der materiellen Vorteile des Erbrechts gesichert. — Vgl. auch Strohal, II, S. 98, Anm. 20, ad 5.)

gelten die Beschränkungen oder Beschwerungen als nicht angeordnet; überträgt der pflichtteilsberechtigte Erbe diesen Anteil auf den Käufer, so ist auch jener von den Beschränkungen und Beschwerungen frei, weil er den Anteil in demselben Zustande erwirbt, wie ihn der Veräusserer hatte, und alle seine Rechte in Bezug auf den Nachlass erhält. Hier zeigt sich wieder der Unterschied zwischen dem Erben und dem am Nachlass Berechtigten. X setzt z. B. seine einzige Tochter A und den Bruder Y zu gleichen Teilen als Erben ein und legt der A ein



ihren Pflichtteil verletzendes Vermächtnis zu Gunsten des Z auf: die Beschwerung gilt hier als nicht angeordnet, selbst wenn A ihren Anteil dem K veräussert oder unmittelbar nach X stirbt und vom B beerbt wird. Hat dagegen A ausgeschlagen und fällt ihr Anteil dem Y (oder einem etwaigen Ersatzerben) an, so ist die Anordnung des Testators wirksam, das Vermächtnis muss erfüllt werden.

Andererseits hat der selbst pflichtteilsberechtigte Erbe nach den §§ 2318 III, 2319, 2328 ein Verweigerungs- und Kürzungsrecht gegenüber Vermächtnissen, Auflagen usw., sofern sein Pflichtteil verletzt wird. Ueberträgt er seinen Anteil auf den Dritten, so kann auch der Erwerber diese Rechte ausüben, weil er nur die Rechte des Erben, aber dafür auch alle, in Bezug auf den Nachlass hat. Auch die ratio legis ist für diese Entscheidung, denn, müsste der Erwerber diese Lasten in vollem Umfange tragen, so hätte sie im Endergebnis der pflichtteilsberechtigte Erbe zu erfüllen (§ 2376), sodass ihm weniger als sein Pflichtteil verbliebe.

Das Recht, die Vollziehung der Auflage zu ver-

langen, ist ein persönliches unübertragbares Recht des Erben. Um den Zweck möglichst zu sichern, wird sein Uebergang auf den Erbeserben anzunehmen sein. Dagegen liegt kein Grund vor, dieses Recht auch auf den Erwerber des Anteils übergehen zu lassen, weil der Berechtigte — der veräussernde Erbe — nach wie vor zur Ausübung des Rechtes befähigt bleibt. Das Recht des § 2194 geht also auf den Anteilserwerber nicht über, sondern steht dem veräussernden Erben zu, ev. vererbt sich auf seine Erben (vgl. § 10 im Anfang).

Endlich ist noch das Recht auf den Erbschein zu erwähnen. Nach § 2353 BGB. hat das Nachlassgericht dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht zu erteilen. Der Erwerber des Anteils erlangt nach der hier vertretenen Ansicht nur das Recht am Nachlass, nicht das Erbrecht, folglich kann er auch nicht vom Nachlassgericht einen Erbschein auf seinen Namen verlangen. Nach längerem Schwanken ist dies auch durch die gerichtliche Praxis anerkannt worden. So hat das Bayr. Ob.-LG. dem Miterben, welcher alle Anteile in einer Hand vereinigte, die Ausstellung eines Erbscheines als Alleinerbe verweigert mit der Begründung, dass die Veräusserung des Erbrechts unmöglich sei[1]).

Auch das Kammergericht hat seinen früheren Standpunkt aufgegeben und dem Erwerber den Erbschein verweigert, weil „der Miterbe nicht sein Erbrecht, sondern seine Mitberechtigung an dem Gesamthandvermögen veräussere“[2]). Die gleiche Entscheidung finden wir auch beim Reichsgericht, welches hervorhebt, dass nur derjenige Erbe sei, welcher unmittelbar mit dem Tode des Erblassers in dessen Vermögen als ganzes sukzediere (B. 64, S. 173 ff.)

---

[1]) Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, B. V, Seite 236 ff.

[2]) daselbst, B. VI, S. 113ff. gegen die Entscheidung im B. III, S. 229.

Der Erwerber des Anteils ist aber durch den blossen öffentlich beurkundeten Veräusserungsvertrag (§ 2033 I 2) noch nicht genügend legitimiert, vor allem wenn er irgendwelche Eintragungen im Grundbuch vornehmen will (er hat z. B. alle Anteile von den Miterben erworben und will sich jetzt als den Alleineigentümer eintragen lassen): in diesen Fällen kann der Nachweis, dass sein Vormann wirklich Erbe ist, nur mit Hilfe des Erbscheins geführt werden. Hier sind 2 Fälle zu unterscheiden:

a) Der veräussernde Miterbe hat bereits einen Erbschein erlangt. Dann ist er auf Grund der §§ 444, 445 BGB. zu dessen Herausgabe an den Käufer verpflichtet, und dies kann ev. durch Klage erzwungen werden. Ist ein gemeinschaftlicher Erbschein vorhanden, so kann der Erwerber die Einräumung des Mitbesitzes beantragen.

b) Der Veräusserer hat noch keinen Erbschein. Dann könnte der Erwerber von ihm verlangen, dass er die Ausstellung beim Nachlassgericht verlange und den Erbschein ihm, dem Erwerber, übergebe. Dieser Weg kann aber sehr unbequem werden, vor allem wenn der Veräusserer auswandert usw. Auch besteht für den Käufer die Gefahr, dass der Verkäufer mit Hilfe des Erbscheins ihn schwer benachteiligen kann. Die Entscheidung ist u. E. eine andere: durch Uebertragung des Anteils begibt sich der Miterbe des Rechts auf die Verwaltung des Nachlasses, sie steht jetzt dem Erwerber zu. Der Antrag auf Ausstellung des Erbscheins ist aber ein Verwaltungsakt[1]); folglich ist der Erwerber, und nur er, zu dessen Vornahme befugt, wobei jedoch der Erbschein auf den Namen des Veräusserers ausgestellt werden muss. Der veräussernde Miterbe kann den Erbschein gar nicht mehr verlangen und das Nachlassgericht muss ihm denselben verweigern, wenn der Erwerber widerspricht. Da-

[1]) Deshalb kann auch der Erbeserbe seine Ausstellung verlangen; vgl. oben § 10 a. E.

durch ist der Erwerber genügend legitimiert; einer besonderen Bescheinigung (wie sie Strohal II, 134 und 142 Ziff. 2 vorschlägt) bedarf es neben dem Erbschein und der Uebertragungsurkunde nicht mehr[1]).

[1]) Neuerdings hat die ganze Frage Endemann wieder erhoben (Jur. Wochenschrift, 1910, Nr. 3 — vgl. § 12 — III). Er will dem Erwerber das Recht auf Ausstellung eines Erbscheins auf seinen eigenen Namen unbedingt zuerkennen. — Den Misständen — auf sie wieder energisch hingewiesen zu haben, ist ein Verdienst des Endemannschen Aufsatzes — die dazu Anlass gaben, wird, wie mir scheint, durch die oben gegebene Entscheidung abgeholfen. Es handelt sich um folgenden Fall: Die Bank S. erwirbt den Anteil des Miterben Max für 250,000 Mk.; dieser erlangt später mit seinem Miterben Franz einen gemeinschaftlichen Erbschein, sie bewilligen die Eintragung einer Hypothek in Höhe von 70 000 Mk. auf dem Nachlassgrundstück zugunsten des Gläubigers X und beabsichtigen noch das Bankguthaben des Erblassers einzuziehen. Die Bank S. klagt auf Einziehung oder Berichtigung des Erbscheins, wird aber in allen Instanzen abgewiesen. — Diese Entscheidung ist m. E. richtig, der Erbschein ist durch Veräusserung des Anteils nicht falsch geworden. Die Bank musste vielmehr auf Grund der §§ 444 und 445 BGB. auf Abtretung des Mitbesitzes gegen den Max, bzw. auf Einräumung desselben gegen Franz klagen, gleichzeitig konnte sie den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ff. ZPO. beantragen. Dieser Weg führt praktisch zu ganz befriedigenden Resultaten und die Freiheit des Gerichts bei der Wahl der Mittel (§ 938, Abs. I, ZPO.) könnte in diesem Fall besser helfen, als das Einziehungsverfahren der §§ 2361 ff. BGB. — Zu bemerken ist noch, dass die Bank bei vorsichtiger Handlungsweise die Verluste nicht hätte, sie musste bei Uebertragung des Anteils auch die Herausgabe des Erbscheins fordern, oder, falls er noch nicht ausgestellt war, denselben beim Nachlassgericht verlangen, wozu nach unserer Ansicht sie allein neben Franz berechtigt war. — Selbstverständlich ist durch Abweisung jener Klage das Recht der Bank auf Einräumung des Mitbesitzes des Erbscheins nicht berührt. Ihr Anspruch auf Schadensersatz richtet sich nicht nur gegen Max, sondern nach § 823 I BGB. auch gegen Franz. — Endemann bemerkt: „Wenn der Erbschein des Miterben durch die Anteilabtretung nicht unrichtig geworden ist, erwirbt der Dritte die Nachlassgegenstände selbst dann zu vollem Rechte nach §§ 2040, 2366, wenn ihm die Anteilabtretung vom Erwerber nachgewiesen

IV. Mit der Uebertragung des Anteils scheidet der Erbe aus der Gemeinschaft aus, und damit erlöschen alle seine Rechte und Pflichten gegenüber den Miterben, mit Ausnahme derjenigen, welche aus der vorangegangenen Verwaltung des Nachlasses entstanden sind. Anders natürlich, wenn er nur eine Quote seines Anteils überträgt; auch bleibt er (bis zur Uebertragung an den Käufer) hinsichtlich der bereits geteilten Gegenstände berechtigt und verpflichtet.

An seine Stelle tritt jetzt der Erwerber und übt alle seine Rechte aus und trägt die Pflichten gegen die Miterben. Nur darin besteht ein Unterschied in ihrer rechtlichen Stellung, dass der Erwerber, sofern er nicht selbst Miterbe ist, von den übrigen Miterben durch Ausübung des Vorkaufsrechts aus der Gemeinschaft ausgestossen werden kann. Ueber das Wesen des Vorkaufsrechts, sowie einzelne Rechtsfolgen aus den §§ 2034 bis 2037 wird gestritten,[1]) doch wollen wir hier nur die eine Frage erörtern, ob auch der Erwerber eines Anteils vorkaufsberechtigt ist, wenn ein anderer Miterbe seinen Anteil verkauft. Binder bejaht sie, von seinem Standpunkt der Erbrechtsübertragung ganz konsequent[2]); aber auch Strohal gewährt dem Erben neuerdings das Vorkaufsrecht, „weil das Gesetz die Vereinigung von

ist; denn er würde ja dann die Unrichtigkeit des Erbscheins nicht kennen“ Das ist m. E. nicht richtig. Aus dem richtigen Erbschein ergibt sich nur, dass dem Veräusserer das Erbrecht zusteht (§§ 2365 und 2366), und nur soweit ist der Dritte geschützt: er weiss aber, dass der Anteil abgetreten ist, dass der Veräusserer an den Nachlassgegenständen nicht mehr berechtigt ist, weder über sie verfügen, noch sie verwalten kann; infolgedessen erwirbt er nach § 932 kein Eigentum an dem Nachlassgegenstand. Dasselbe gilt nach § 936 BGB. auch dann, wenn der Anteil bloss verpfändet st; hier ist aber der Erbschein auch nach Endemann richtig.

[1]) Vgl. namentlich Binder, III, 115—132, Meyer in Gruchots Beiträgen, B. 51, S. 789 ff., Strohal II, S. 99 ff.

[2]) III, S. 125, Anm. 126 a. E.; ebenso Kress, S. 128, Anm. 28.

Erbteilen in einer Hand entschieden begünstigt.“ [1]). Dem steht aber der Wortlaut des § 2034, Abs. I, entgegen: Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten, so sind die übrigen Erben zum Vorkaufe berechtigt. Es wird hier der Dritte den Miterben schroff gegenübergestellt. Auch bezweckt das Vorkaufsrecht nicht die Vereinigung der Anteile in einer Hand, sondern ist ein Mittel für die Miterben das Eindringen Fremder in ihre Gemeinschaft zu vermeiden. Der Erwerber des Anteils, welcher selbst freiwillig in die Gemeinschaft eingetreten ist, kann sich durch Eintritt anderer nicht beschwert fühlen [2]).

V. Die §§ 2382, 2383 BGB. bestimmen, dass mit dem Kaufabschluss der Käufer, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers, nach allgemeinen Grundsätzen den Nachlassgläubigern haftet. Ueber die Zweckmässigkeit dieser Vorschrift kann man verschiedener Ansicht sein; bei der Uebergabe einzelner Gegenstände nach § 2374 ist sie jedenfalls notwendig, weil sonst der Käufer ohne die Uebernahme jeder einzelnen Nachlassverbindlichkeit gemäss §§ 414 ff. überhaupt nicht haftbar wäre (dieselbe Regelung auch bei der Uebertragung eines Vermögens — cfr. § 419). Anders bei der Universalsuccession nach § 2033. Vom Abschluss des obligatorischen Vertrags und bis zur Uebertragung des Anteils gelten freilich die §§ 2382, 2383 unbedingt. Danach haftet der Käufer unbeschränkt, soweit zur Zeit des Vertragsabschlusses der Verkäufer unbeschränkt haftete. Selbst vor der Uebertragung des Anteils kann ihm die Inventarfrist gestellt werden und bei ihrer Versäumung kann er schon unbeschränkt haften, obwohl der Veräusserer noch beschränkt haftet; mit der Uebertragung des Anteils kann dann seine Haftung

[1]) B. II, S. 100, Anm. 23, Ziff. 3.

[2]) Vgl. auch Meyer, a. a. O.

nicht wieder beschränkt werden. Haftet er aber für die Schulden beschränkt, so ist er materiell von der Haftung frei, weil der Anteil noch dem Erben gehört; er haftet den Gläubigern nur mit seinen Ansprüchen gegen den Verkäufer. — Auf die Haftung des verkaufenden Erben hat der Vertrag vor der Uebertragung bloss die Wirkung, dass ein vom Käufer errichtetes Inventar auch ihm zu Gute kommt, soweit er noch nicht unbeschränkt haftet.

Nach der Uebertragung des Anteils hört der Erbe nicht auf, Erbe zu sein; infolgedessen kann seine unbeschränkte Haftung nicht mehr wegfallen (anders wäre es beim Verlust des Erbrechts, z. B. durch Erbunwürdigkeit oder Ausschlagung). Zweifel entstehen dagegen bei der beschränkten Haftung: Nach unserer Auffassung besteht der gemeinschaftliche Nachlass aus Rechten und Verbindlichkeiten, folglich ist auch das anteilige Herrschaftsrecht des Erben am Nachlass als Rechtsinbegriff nicht nur auf die Aktiva beschränkt, sondern erstreckt sich auf das Ganze. Ueberträgt der Erbe das Recht auf einen Dritten, so müsste er demnach von der Haftung frei werden, weil, solange er beschränkt haftet, seine Haftung sich nur aus dem Recht am Nachlass ergibt. Dieses Ergebnis ist praktisch gar nicht gefährlich, weil der Veräusserer mit Uebertragung des Anteils keine Haftungsobjekte mehr hat (darüber, dass er nicht mit dem erlangten Kaufpreis haftet, ist man einverstanden); nur könnte, nachdem er den Anteil veräussert hat, ihm die Inventarfrist nicht mehr bestimmt werden, aber auch darin wären die Gläubiger genügend geschützt, weil sie sich an den Erwerber halten können. Ihre Interessen sind bei der Erbengemeinschaft durch die gesamtschuldnerische Haftung, Ausschluss der Verfügung einzelner Miterben und die Anordnungen für den Fall der Auseinandersetzung (§§ 2046 und 2059 ff.) dermassen gesichert,

dass auch keine rechtspolitischen Bedenken der Befreiung des Erben von weiterer Haftung entgegenstehen. — Der Erwerber tritt dagegen in die Erbengemeinschaft ein und haftet den Nachlassgläubigern nach den §§ 2058 ff. Ihm allein steht deshalb das Recht zu, gemeinschaftlich mit anderen Erben Nachlassverwaltung zu beantragen, Aufgebot der Gläubiger zu bewirken usw. Beim Nachlasskonkurs tritt er nach § 232 KO. in Ansehung des Verfahrens an die Stelle des Erben [1][2]).

§ 15. Besondere Fälle der Veräusserung und andere Verfügungen über den Anteil.

Nachdem wir die Rechtsstellung des Erben und des Erwerbers seines Anteils zu einander und gegenüber Dritten betrachtet haben, bleiben noch einige spezielle Fragen und Gestaltungen zur Erörterung.

I. Die Zulassung der Verfügung über den Anteil am Ganzen wurde dadurch begründet, „dass der Miterbe vor der Teilung über Bestandteile seiner Erbschaft nicht

[1]) Das Recht des Erben nach § 232 Abs. II KO. die Konkurseröffnung zu beantragen wird durch die Veräusserung nicht berührt; a. A. jedoch Jaeger, Kommentar zur KO., zu § 232.

[2]) Für diejenigen, welche in der Verfügung des Erben Uebertragung seines Erbrechts sehen, müsste seine Befreiung von (selbst unbeschränkter) Haftung ausser Zweifel stehen, doch sind die Ansichten geteilt. Binder, III, S. 96 und 113 ff. meint, dass die unbeschränkte Haftung fortdauere. Dernburg rechnet, wie es scheint, mit dem Fortdauern selbst der beschränkten Haftung (vgl. V, S. 192 III, wo er des Veräusserers Recht die Nachlassverwaltung zu beantragen aus dem Grunde verneint, weil er den Erwerber chikanieren könnte; das Recht könnte ihm aber überhaupt nicht zustehen, wenn er nicht mehr Erbe wäre!). Nicht konsequent auch Kress, S. 179 f. Die meisten nehmen an, dass der Erbe auch nach der Uebertragung haftet; das könnte man dadurch erklären, dass die Erbschaft überhaupt nur aus Rechten besteht, so dass die Schuldenhaftung nur aus dem Erbrecht entsteht und an dasselbe gebunden bleibt (vgl. I. Kap.), oder aber aus dem Grunde, dass die „Rechts"-gemeinschaft der §§ 2032 ff. sich nur auf die Rechte, nicht auch auf

verfügen kann, während er nach der Auseinandersetzung (und der Alleinerbe von Anfang an) über sie ebenso wie über sein übriges Vermögen verfügen kann; eine dingliche Sonderung des Nachlasses von seinem übrigen Vermögen besteht nicht[1]." Dann sollte aber die Uebertragung sogar des ganzen Nachlasses uno actu auch in allen übrigen Fällen der dinglichen Sonderung gestattet sein, beim Nachlasskonkurs, bei der Nachlassverwaltung, Verwaltung des Testamentsvollstreckers. Das Gesetz ist soweit nicht gegangen, sodass positivrechtlich die Uebertragung nur in einem Fall der dinglichen Sonderung möglich ist: wenn das Vermögen noch gemeinschaftlich mehreren Erben gehört.

Deshalb kann nicht der Alleinerbe, welcher nach §§ 1927, 1934 usw. zu mehreren Erbteilen berufen ist, einen derselben nach § 2033 übertragen; verkauft er ihn, so muss die Erfüllung durch Einzelübertragungen erfolgen und zwischen ihm und dem Käufer entsteht ev. nur eine gewöhnliche Bruchteilsgemeinschaft hinsichtlich jedes gemeinschaftlichen Nachlassgegenstandes[2].

---

die Schulden bezieht. Vielleicht aus letzterem Grunde behauptet Strohal (II, S. 368 f.), dass der Erbe auch durch die Veräusserung von der beschränkten Haftung nicht frei werde, und folgert daraus, dass der Miterbe auch nach der Uebertragung die beschränkte Haftung verlieren könne (Anm. 3 i. f. — er sieht in § 2383 Abs. 2 eine Bestätigung seiner Ansicht, während es sich gerade darum handelt, ob §§ 2382, 2383 anwendbar sind). Deshalb ist er auch gezwungen, dem Erben nach Analogie des § 232 KO. das Recht die Nachlassverwaltung zu beantragen, einzuräumen (cfr. II, S. 425). Planck erweitert die Haftung des Erben noch mehr — auch für die Handlungen des Käufers, da der Erbe den Nachlassgläubigern gegenüber als Beauftragter (§ 1978) zum Verkauf der Erbschaft nicht berechtigt ist (§ 664)! Gezwungener kann die Konstruktion nicht sein! (cfr. Kommentar, 3. A., § 2383, Bemerkung 2 d).

[1]) Küntzel in Gruchot's Beiträgen, B. 41, S. 912 c.

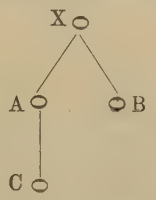
[2]) Ueber die — recht komplizierte — Haftung den Gläubigern in solchen Fällen s. unten S. 160, Anm. 2.

Und doch kann der Alleinerbe in die Lage kommen, die Erbschaft nach § 2033 zu veräussern. Gesetzliche Erben des X sind seine Söhne A und B; A verkauft und überträgt seinen Anteil dem K; demnächst schlägt B aus (oder verliert den Anteil durch Erbunwürdigkeit) — jetzt ist A Alleinerbe, ja, er war sogar von Anfang an Alleinerbe, weil der Anfall an ihn, als mit dem Erbfall erfolgt, gilt. Es fehlt aber jeder formelle oder praktische Anlass die Verfügung über die erste Hälfte des Nachlasses für nichtig zu erklären. Der neue Anteil ist im Zweifel nicht mitverkauft (§ 2373) und es bleibt zwischen A und K eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bestehen, obwohl A sicher Alleinerbe ist. Er kann auch den neuen Anteil veräussern, ev. auch demselben K, so dass er die ganze Erbschaft durch zwei Verfügungen nach § 2033 veräussert. — Einen ähnlichen Fall hat bereits Strohal in erster Auflage seines „Erbrechts" konstruiert, nur hat er angenommen, dass A in Voraussicht der Ausschlagung des B dem Käufer für diesen Fall auch den anderen Anteil überträgt, wodurch er Küntzels Bemerkung hervorrief, dass „dieses Beispiel nicht geeignet ist, erheblichen Eindruck zu machen, da es nur einer lebhaften Phantasie entsprungen, nicht dem Leben entnommen ist', (a. a. O., S. 828). Von unserem Beispiel lässt sich dies nicht behaupten [1]).

II. Aehnliche Fälle sind auch beim Uebergang eines Erbteils auf den Erben des Erben denkbar. Ueberhaupt bedürfen die Rechtsverhältnisse in diesem Fall mancher Klärung. Im III. Kap. haben wir ausgeführt, dass der

[1]) Uebrigens scheint mir Strohals Entscheidung unrichtig zu sein, weil die Uebertragung künftiger Anteile keine dingliche Wirkung haben kann. Richtiger wäre, dass durch den Vertrag der Veräusserer sich verpflichtet auch den künftig anfallenden Anteil dem Käufer zu übertragen. Vgl. auch Strohal, 3. A., B I, § 59, S. 529 f., Anm. 7.

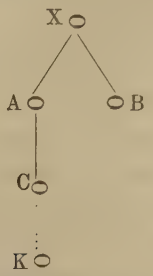
Erbe des Erben, obwohl er selbst kein Erbrecht hat, doch die transmittierte Erbschaft als ganzes, als ein Sondervermögen innerhalb der ihm anfallenden Erbschaft erhält, womit auf ihn alle Rechte und Pflichten seines Erblassers inbezug auf die transmittierte Erbschaft übergehen. X wird von A und B beerbt, A stirbt vor der Auseinander-



setzung, sein Erbe ist C. Das Recht des A über seinen Anteil am X'schen Nachlass zu verfügen, geht jetzt auf den C über; dafür sprechen auch Zweckmässigkeitserwägungen, weil C über die Erbschaft des X auf keine andere Weise vor der Auseinandersetzung verfügen kann.

1a. C kann also den transmittierten Anteil am X'schen Nachlass verkaufen und übertragen. Es wurde schon gegen Binder hervorgehoben, dass in diesem Fall C unmöglich das ihm nicht zustehende Erbrecht auf den K übertragen kann. Der verkaufte Anteil ist ein zum Nachlass des A gehörender Gegenstand, infolgedessen wird der gutgläubige K durch den Erbschein des C hinter A geschützt (§ 2366), wenn nachträglich sich herausstellt, dass C nicht Erbe des A ist. Dagegen nützt dem K der Erbschein des A als Erben des X gar nichts; war der A gar nicht Erbe des X, so hat auch K den Anteil nicht erworben — auf den Kauf der ganzen Erbschaft finden §§ 2366 ff. keine Anwendung. — Als Erbschaftskäufer haftet K nach §§ 2382 f. und 2058 ff. für die Nachlassverbindlichkeiten des X, nicht aber des A, wie überhaupt §§ 2371 ff. nur in Bezug auf den X'schen Nachlass in Betracht kommen.

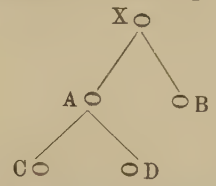
1 b. C kann auch die ganze väterliche Erbschaft dem K verkauft haben. Damit ist er nach § 2374 zur Uebertragung der zu ihr gehörenden Gegenstände verpflichtet, unter anderen wird er auch den Anteil am



grossväterlichen Nachlass durch Verfügung gemäss § 2033 übertragen. Dann gehen auf den K auch alle Rechte und Pflichten gegen den Miterben B und die Gläubiger des X über. Dabei ist zu beachten, dass es praktisch von grösster Wichtigkeit sein kann, ob das Rechtsgeschäft als ein oder zwei Erbschaftskäufe anzusehen ist. Ist es bloss ein Erbschaftskauf, nämlich des Nachlasses des A, so ist der Anteil am X'schen Nachlass nur ein zur verkauften Erbschaft gehöriger „Erbschaftsgegenstand"; erweist sich später, dass derselbe aus irgend welchem Grunde nicht auf A übergegangen ist (das Testament des X ist z. B. angefochten worden), so kann der Käufer von C keinen Ersatz verlangen (§ 2375, II). Anders dagegen, wenn zwei Erbschaftskäufe vorliegen. Dann steht C als Verkäufer des transmittierten Anteils auch für das Erbrecht des A nach dem X ein. Den praktischen Bedürfnissen entspricht die zweite Auslegung; wirtschaftlich ist es vielfach gerade die transmittierte Erbschaft, die gekauft wird.

1 c. Es steht endlich dem C frei, die ganze väterliche Erbschaft mit Ausnahme des Anteils an der X'schen zu verkaufen. Dann ist natürlich K am X'schen Nachlass weder berechtigt, noch verpflichtet.

2. Komplizierter ist es, wenn der Erbe selbst mehrere Erben hinterlässt. Voriges Beispiel, nur wird A von zwei Söhnen, C und D, beerbt. Es ist ihnen zwar gestattet, den transmittierten Anteil pro rata selbständig

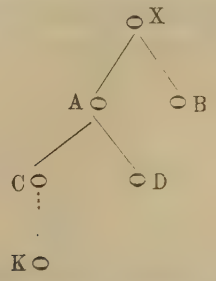


auszuschlagen[1]) (§ 1952 III), jede andere Verfügung, sei es über den ganzen Anteil, sei es über seine Bestandteile, ist ihnen als Gesamthändern dagegen unmöglich. Der Anteil am X'schen Nachlass gehört zum gemeinschaftlichen Vermögen (Nachlass des A) beider Miterben C und D, folglich können sie über ihn nur gemeinsam (2040) verfügen — übertragen sie ihn dem Käufer K, so treten dieselben Folgen ein, wie sub 1 a). Sie können auch gemeinschaftlich den ganzen väterlichen Nachlass mit Vorbehalt des transmittierten grossväterlichen verkaufen und nach § 2374 übertragen — Folgen wie sub 1 c). Dagegen ist es jedem von ihnen unmöglich seinen Teil der transmittierten Erbschaft ohne den eigenen Erbteil oder umgekehrt zu übertragen, das wären Verfügungen über Bestandteile des Anteils (§ 2033, Abs. II).

Veräussert C den Anteil am gemeinschaftlichen Nachlass (des A), so erstreckt sich die Uebertragung auf seine gesamte Rechtsstellung in der Erbengemeinschaft, C verliert auch die Berechtigung an der transmittierten Erbschaft, und der Erwerber K als Mitglied der Erbengemeinschaft ist allein neben D an der dem A angefallenen Hälfte des X'schen Nachlasses berechtigt. Der Verkauf bezieht sich nur auf den Anteil in der Erbengemeinschaft nach dem A, und K tritt unmittelbar nur in diese ein. Daraus

[1]) Ist es eine Verfügung? cfr. S. 93, Anm. 1.

folgt, dass nur D zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigt ist, B kann ihn weder aus dieser, noch aus



seiner Gemeinschaft mit dem Erben des A verdrängen.

Der Anteil an der grossväterlichen Erbschaft gehört zum gemeinschaftlichen Vermögen des C und D als Bestandteil der väterlichen Erbschaft; schlägt D nach § 1952 Abs. III als Erbe des Erben A den entsprechenden Teil der transmittierten Erbschaft (1/4) aus, so hört das andere Viertel nicht auf zum gemeinschaftlichen Vermögen zu gehören. Der ausgeschlagene Teil fällt dagegen nach § 1924 Abs. III den C und D als Abkömmlingen und gesetzlichem Erben des X an und wenn D auch jetzt ausschlägt, so gehört es ausschliesslich dem C als gesetzlichem Erben. Die Verfügung des C über seinen Anteil am väterlichen Nachlass erstreckt sich daher nur auf das gemeinschaftliche Viertel der X'schen Erbschaft (welches bei der Auseinandersetzung nur ihm, bezw. dem Erwerber seines Anteils anfällt), nicht dagegen auf das ihm als gesetzlichen Erben zustehende, welches er durch selbständige Verfügung übertragen kann. — Die Rechtslage wird einfacher, wenn C und D den gemeinschaftlichen Teil der grossväterlichen Erbschaft aus ihrer Gemeinschaft ausscheiden, d. h. auf den C übertragen; dann besteht die Erbengemeinschaft nach dem X nur zwischen B und C, und C kann beide Teile der X'schen Erbschaft, die ihm zu-

stehen, in der Form des § 2033 unabhängig von seinem Anteil an der väterlichen Erbschaft übertragen.

3. In diesem Zusammenhang ist noch auf die Notwendigkeit der analogen Anwendung des § 2373 hinzuweisen. Wenn in unserem Beispiel, nach der Veräusserung des Erbteils durch den C, sein Onkel B die Erbschaft ausschlägt, so fällt sein Anteil dem A an, wodurch die Teile der C und D sich erhöhen. Das ist keine Erhöhung durch den Wegfall eines Miterben, weil B garnicht ihr Miterbe war, man wird aber annehmen, dass auch hier § 2373 anwendbar ist, und der neue Anteil nicht mitverkauft ist; die Verfügung umfasst aber auch ihn, so dass für den Käufer eine Pflicht entsteht, denselben herauszugeben (§ 812 BGB.).

Ein anderer Fall ist, wenn erst nach der Veräusserung des Anteils durch den Miterben A sich herausstellt, dass sein Erblasser X als Ersatzerbe vom Z eingesetzt wurde und durch Wegfall der Erben tatsächlich die Erbschaft erlangt. Auch hier muss auf die Erhöhung des Anteils des A § 2373 angewendet werden.

4. Endlich kann durch Transmission eine Quasierbengemeinschaft entstehen. Das einfachste Beispiel ist: X

stirbt und wird von seinen gesetzlichen Erben — der Ehefrau E und dem Sohne A beerbt; kurz darauf, noch vor der Auseinandersetzung stirbt auch E, ihr einziger gesetzlicher Erbe ist A. Jetzt ist er materiell Alleinerbe des X und kann über die Nachlassgegenstände frei verfügen; juristisch ist A jedoch nur zu $^3/_4$ Erbe und zu einem Viertel Erbe der Erbin seines Vaters. Hat er vor dem Tode der E die väterliche Erbschaft verkauft und übertragen, so ist die Verfügung auch jetzt gültig und

es bleibt zwischen ihm als Erben der Erbin E und dem Erwerber K des Anteils, als seinem Rechtsnachfolger, eine Erbengemeinschaft bestehen. Nach dem Tode der E ist aber eine Uebertragung nach § 2033 nicht mehr möglich, da A über einzelne Gegenstände frei verfügen kann, und die Beschränkung durch die Miterben weggefallen ist. Verkauft und überträgt er die väterliche Erbschaft (also die $^3/_4$ derselben, die ihm als Erben gehören), so entsteht zwischen ihm und dem Käufer eine Bruchteilsgemeinschaft hinsichtlich jedes gemeinschaftlichen Gegenstandes. Daran muss auch in denjenigen Fällen festgehalten werden, in welchen eine dingliche Sonderung besteht, z. B. wenn über den Nachlass der E Konkurs eröffnet oder Verwaltung angeordnet wird, welche auch den Anteil an dem X'schen Nachlass ergreifen. Diese Fälle sind sehr eigenartig: solange der mütterliche Nachlass frei ist, kann von einer Erbengemeinschaft beim A keine Rede sein, er verfügt frei über jeden einzelnen zum X'schen Nachlass gehörenden Gegenstand. Sobald die Beschränkung entsteht, verliert er die Verfügungsfreiheit über den mütterlichen Nachlass, damit auch über das Vierteil des väterlichen. Zwischen ihm und dem Nachlassverwalter entsteht ein eigentümliches Verhältnis: weder er, noch die E waren, als Erben des X, an jedem Einzelgegenstand je zu $^3/_4$ und $^1/_4$ berechtigt, ihre Anteile bezogen sich auf die Erbschaft, als universitas juris; folglich entsteht auch jetzt dasselbe gesamthänderische Verhältnis, die erloschene Erbengemeinschaft steht wieder auf. Zweifellos finden die §§ 2033 II, 2038—2063 entsprechende Anwendung (selbst die §§ 2050 ff., wenn z. B. A nicht seine Mutter, sondern den Bruder B beerbt), so dass auch die Anwendung der §§ 2033 I—2037 sehr nahe liegt [1]). Dann müsste man aber noch weiter gehen und

[1]) So in der Tat Strohal, II, S. 419 f., Anm. 4; die Begründung ist mangelhaft, Y ist nicht Alleinerbe des X.

bei jeder Sonderung des Nachlasses durch die Verwaltung eines Dritten die Uebertragung der ganzen Erbschaft nach § 2033 zulassen.

III. In einem Fall ist die Uebertragung doch möglich, obwohl wirtschaftlich die ganze Erbschaft nur einem Erben zusteht. Das geschieht, wenn mit Rücksicht auf die Ausgleichungspflicht ein Erbe aus der Erbschaft gar nichts bekommt. A und B sind als Söhne des X seine gesetzlichen Erben, der Nachlass (Reinvermögen) beträgt 10 000 Mk., B hat 12 000 Mk. zu konferieren; nach § 2056 BGB. bekommt er aus der Erbschaft gar nichts, und sein Erbteil bleibt bei der Auseinandersetzung ausser Ansatz. Vor derselben (und nur zu dieser Zeit ist die Uebertragung nach § 2033 möglich) ist dagegen B neben dem A am Nachlasse berechtigt, die Verfügungen über einzelne Erbschaftsgegenstände können nur von Beiden gemeinschaftlich vorgenommen werden usw. Will daher A die verkaufte Erbschaft an K übertragen, so muss er entweder die Auseinandersetzung verlangen oder den Anteil (materiell die ganze Erbschaft) dem K nach § 2033 I übertragen [1]).

IV. Auch der Vorerbe kann seinen Anteil verkaufen und nach § 2033 übertragen. Tritt die Nacherbfolge ein, so verliert er das Erbrecht und sein Käufer das

---

[1]) Unrichtig ist Binders (III, S. 186 ff.) Behauptung, die Erbengemeinschaft habe in diesem Fall von Anfang an nicht bestanden, weil nur bei der Auseinandersetzung die Pflicht zur Ausgleichung entsteht; auch kann der Wert des Nachlasses sich gerade während des Bestehens der Erbengemeinschaft verschieben, wie Strohal zutreffend bemerkt (II, S. 131, A. 8a.); dagegen ist es mindestens ungenau, wenn er sagt, dass mit Feststellung dessen, dass A allein den Nettonachlass erhält, A hinsichtlich der zum noch ungeteilten Nachlasse gehörenden Gegenstände der Alleinberechtigte sei; selbst dann muss B bei der Uebertragung mitwirken, z. B. bei der Auflassung und Eintragung eines Nachlassgrundstückes auf A's Namen.

Recht am Nachlass, der Anteil gehört jetzt dem Nacherben[1]).

Auch bei der Nacherbfolge ist möglich, dass durch eine Reihe von Verfügungen desselben Erben der ganze Nachlass gemäss § 2033 veräussert wird. X setzt z. B. seine Ehefrau E und den Sohn A zu gleichen Teilen als Erben ein, ausserdem den A als Nacherben der E (§ 2106). A verkauft und überträgt sofort seinen Erbteil dem K.

Nach dem Tode seiner Mutter erhält er als Nacherbe auch die zweite Hälfte der väterlichen Erbschaft und kann sie behalten — dann entsteht zwischen ihm und K eine Erbengemeinschaft — oder wiederum den neuen Anteil dem K oder einem Dritten veräussern.

Sehr bestritten ist die Frage, ob der Nacherbe vor dem Eintritt der Nacherbfolge seinen Anteil gemäss § 2033 übertragen kann. In praxi werden solche Uebertragungen entgeltlich nur dann geschehen, wenn der Eintritt der Nacherbfolge ziemlich sicher ist, sie soll z. B. mit Volljährigkeit des Nacherben stattfinden und diese tritt bald ein. Die Antwort hängt von der Konstruktion des Rechts des Nacherben ab; fasst man es als beschränktes, dingliches Recht am Nachlass auf (vgl. § 7 a. E.), so wird der Uebertragung kein Bedenken entgegenstehen. Sie hat dann zur Folge, dass der Erwerber ohne weiteres am Nachlasse mitberechtigt wird, sobald die Nacherbfolge eintritt, einer neuen Uebertragung des jetzt endgültig angefallenen Anteils bedarf es nicht. Der Erwerber wird aber nicht zum wahren Nacherben, der Veräusserer behält sein Erbrecht. Auch ist zu beachten, dass, wenn

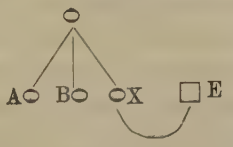
[1]) Strohal, I, 196, Anm. 13.

die Verwirklichung der Nacherbfolge durch den Eintritt gewisser Ereignisse in der Person des Nacherben bedingt ist, dieselben in der Person des Veräusserers, nicht des Erwerbers eintreten müssen (z. B. Volljährigkeit, Erreichung einer bestimmten sozialen Stellung u. dgl.)[1]).

V. Verkaufen alle Miterben demselben Käufer ihre Anteile, so ist die Erfüllung entweder durch gemeinschaftliche Uebertragung einzelner Gegenstände oder durch Veräusserung jedes Anteils durch seinen Inhaber nach § 2033 möglich. Der Käufer (ev. ein Miterbe) hat materiell die Rechtsstellung eines Alleinerben, deshalb kann er die Erbschaft weiter nur durch Einzelübertragungen veräussern.

Schwieriger sind die Rechtsverhältnisse, wenn mehrere Käufer einen Anteil oder die ganze Erbschaft erwerben. Auch hier ist eine Lücke im Gesetz, weil die §§ 2371 ff. diese Möglichkeit nicht voraussehen.

Nehmen wir zunächst an, dass die Alleinerbin E die ganze Erbschaft ihres Ehemanns X, welche aus Anteilen an der mit seinen Brüdern A und B gemeinschaftlich betriebenen Fabrik, an den ihnen zu Miteigentum ge-



hörenden Grundstücken und aus anderen Gegenständen, z. B. Hypotheken und anderen Forderungen besteht, ihren Schwägern A und B verkauft[2]). Die Uebertragung der Erbschaft kann nur nach § 2374 geschehen, dabei werden

---

[1]) Vgl. Planck, vor § 2100 und die dort angeführten.

[2]) Das kann praktisch oft vorkommen, wenn A, B und X von ihrem Vater diese Fabrik und Grundstücke zunächst als Miterben bekommen und dann das Erwerbsgeschäft (etwa als offene Handelsgesellschaft) weiter fortführen, die Grundstücke als Miteigentümer auf sich umschreiben.

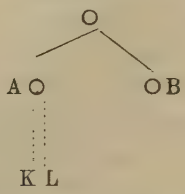
A und B im Zweifel an den übertragenen Gegenständen zu Bruchteilen berechtigt, so dass jeder über seinen Teil (z. B. am übertragenen Miteigentum am Grundstück) frei verfügen kann, bei Abtretung einer Forderung den entsprechenden Teil einziehen kann usw. — Dasselbe müsste auch für die Nachlassverbindlichkeiten gelten, für welche nach § 2382 f. auch „der Käufer" haftet Schulden mehrere (A und B) eine Leistung, so ist im Zweifel jeder nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet — § 420. Doch ist zu beachten, dass für einen Teil der Verbindlichkeiten die Käufer dem Verkäufer gegenüber zur Erfüllung derselben verpflichtet sind (§ 2378), daher haften sie insoweit als Gesamtschuldner[1]). Freilich kann sich durch Vertrag auch der Verkäufer zur Erfüllung verpflichten — § 2378 ist keine zwingende Vorschrift; durch solchen Vertrag wird an der Haftung der Käufer nach §§ 2382 f. garnichts geändert (ausdrücklich bestimmt in § 2382 Ab. II), es kann aber dann § 427 nicht herangezogen werden. Auch können Verbindlichkeiten bestehen, zu deren Erfüllung die Käufer nach §§ 2378 und 2376 dem Verkäufer gegenüber garnicht verpflichtet sind, namentlich wenn der Verkäufer bereits unbeschränkt haftete. Soll dann anteilige Haftung der Käufer den Gläubigern gegenüber eintreten? Es ist doch zu bedenken, dass die Erbengemeinschaft gerade zu dem Zweck eingeführt wurde, um die Nachlassgläubiger vor solcher Teilung ihrer Forderungen zu schützen; sie würden bei anteiliger Haftung der Käufer in unserem Fall schlimmer gestellt sein, als wenn X von Anfang an von seinen Brüdern A und B und der Ehegattin E beerbt würde. Deshalb muss man auch in diesen Fällen annehmen, dass mehrere Käufer als Gesamtschuldner haften, wobei

[1]) § 427, welcher freilich vor allem Verpflichtungen dem Gläubiger gegenüber voraussieht; der analogen Anwendung auf diesen Fall steht aber nichts im Wege.

§ 427 analog auf die durch Gesetz (§ 2382) begründete Verpflichtung auszudehnen ist; auch wird man sich auf § 2058 berufen können. — Den Erben ist aber durch die §§ 2059—2062 die Möglichkeit gegeben, ihre gesamtschuldnerische in anteilige Haftung umzuwandeln; das muss den mehreren Käufern umsomehr gestattet sein, als sie nicht durch Verfügungsbeschränkungen der §§ 2033 II, 2040 I und den § 2046 geschützt sind. Da keine Auseinandersetzung stattfindet, so sind nur §§ 2060 und 2061 anwendbar, jeder Käufer wird daher auch durch blosse Aufforderung der Gläubiger (2061) seine Haftung zur anteiligen umwandeln können. Bei den Mitteln zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlass wird fraglich, ob die Nachlassverwaltung überhaupt angeordnet werden kann, und von wem der Antrag zu stellen ist? Nach § 2062 ist sie nach der Auseinandersetzung ausgeschlossen; sonst kann sie nur von allen Erben gemeinschaftlich beantragt werden. Der Grund dieser Vorschrift besteht darin, durch strengere Haftung die Erben zur Tilgung aller Verbindlichkeiten nach § 2046 zu bewegen, andererseits soll ein Erbe den übrigen die Verwaltung des Nachlasses nicht eigenmächtig entziehen können. — Zwischen mehreren Käufern kann aber keine Auseinandersetzung erfolgen, der Nachlass ist von der Uebertragung an geteilt. Soll ihnen dieses Mittel zur Beschränkung der Haftung überhaupt zugänglich sein — und das wird man ihnen nicht versagen — so müssen sie den Antrag auf Anordnung der Nachlassverwaltung jederzeit, selbst nach reeller Teilung, stellen können. Bei der Berechtigung zu diesem Antrag ist einerseits zu erwägen, dass jeder Käufer kein Mittel hat, die anderen zur Tilgung der Schulden zu zwingen (bei Miterben — § 2046), andererseits aber, dass die Anordnung der Nachlassverwaltung auf seinen selbständigen Antrag in die Verfügungsfreiheit der übrigen viel stärker eingreift als bei

den Miterben, die auch sonst in der Verfügung gebunden sind; deshalb ist zu entscheiden, dass der Antrag von allen Käufern gemeinschaftlich gestellt werden muss [1] [2]).

Wir kommen also zum Ergebnis, dass ein beträchtlicher Teil der Vorschriften über die Erbengemeinschaft auch auf das Verhältnis zwischen mehreren Käufern der ganzen Erbschaft anwendbar ist. Deshalb ist die Rechtslage, wenn mehrere Käufer einen Erbteil erwerben, bedeutend einfacher. Der Miterbe A verkauft seinen Anteil den K und L. Gegenstand ihres Erwerbs ist hier



ein Recht am Rechtsinbegriff; sie werden daher nach seiner Uebertragung mangels besonderer Uebereinkunft zwischen ihnen (etwa Gesellschaftsvertrag) Gemeinschafter nach Bruchteilen (§ 741), und jeder von ihnen kann über seine Quote des Anteils frei verfügen. Auf ihre Haftung den Nachlassgläubigern sind ohne weiteres die §§ 2058 ff. anwendbar. Es besteht fast gar kein Unterschied, ob A den Anteil ihnen gemeinsam, oder jedem eine Quote desselben veräussert. Nur kann der Miterbe B im Falle, dass A zunächst eine Quote dem K und dann die andere dem L verkauft, das Vorkaufsrecht nach Belieben auch nur gegen einen Käufer ausüben, kaufen aber K und L den Anteil

[1]) Zwischen mehreren Käufern kann aber auch ein besonderes Rechtsverhältnis bestehen— Gesellschaftsvertrag, eheliche Gütergemeinschaft. Das kann dann unter Umständen ihre Haftung verschärfen, keineswegs erleichtern.

[2]) In dieser Weise wird man die §§ 2058 ff. auch beim Verkauf einer Quote der ganzen Erbschaft anwenden, der Erbe und der Käufer werden die Nachlassverwaltung beantragen dürfen und in Fällen der §§ 2060; 2061 bloss anteilig haften.

gemeinsam, so muss er sein Recht gegen beide ausüben.

VI. Zum Schluss wollen wir noch kurz andere Fälle der Verfügung über den Anteil — Bestellung des Niessbrauchs und Verpfändung — erwähnen.

Nach § 2385 finden die Vorschriften über den Erbschaftskauf nur auf andere Veräusserungsgeschäfte entsprechende Anwendung, nicht aber auf sonstige Verfügungen über die Erbschaft. Deshalb sind auf die Bestellung des Niessbrauchs bezw. Pfandrechts die §§ 2371 ff. nicht anwendbar, mithin bedarf es nicht der Schriftlichkeit beim Abschluss des obligatorischen Vertrags (der Bestellungsvertrag selbst ist nach § 2033 förmlich)[1]).

Gegenstand der Verfügung ist ein Recht, das Anteilsrecht am Nachlass als dem Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten. Daraus folgt, dass die Nachlassgläubiger immer ohne Rücksicht auf das Niessbrauchs- bezw. Pfandrecht aus dem Anteil Befriedigung suchen können.

Als beschränkte dingliche Rechte an einem Recht bestimmen sich im einzelnen der Niessbrauch bezw. das Pfandrecht nach den §§ 1068 ff. und 1273 ff. BGB.

Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Die Vorschriften über die Bestellung des Niessbrauchs an einer Erbschaft bzw. einem Vermögen finden nur sehr beschränkte Anwendung (§§ 1089 u. 1085 ff.). Von der Bestellung des Niessbrauchs an einzelnen Nachlassgegenständen kann hier keine Rede sein; die Nachlassgläubiger sind genügend geschützt, nur die persönlichen Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen vor der Verfügung entstanden sind, werden durch § 1086 ge-

[1]) Doch wird § 2373 auch hier entsprechend anzuwenden sein, so dass der Niessbrauch bezw. das Pfandrecht sich auf den ursprünglichen Anteil beschränkt.

schützt [1]). Das BGB. sieht nur den Fall des Niessbrauchs an dem Anteile eines Miteigentümers vor — § 1066. Da aus den §§ 1069 ff. nichts anderes folgt, so wird diese Vorschrift auch auf den Niessbrauch an sonstigen Bruchteilen Anwendung finden (§ 1068); wir sehen aber keinen sachlichen Grund ihre entsprechende Anwendung auf den gesamthänderischen Miterbenanteil auszuschliessen. Daraus ergibt sich, dass der Niessbraucher „die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miterben in Ansehung des Nachlasses ergeben" (Abs. I), und dass die Aufhebung der Gemeinschaft nur von dem Miterben und dem Niessbraucher gemeinschaftlich verlangt werden kann (Abs. II). Erfolgt aber die Auseinandersetzung, so ist der Erbe verpflichtet, dem Niessbraucher den Niessbrauch an einzelnen ihm zugeteilten Gegenständen zu bestellen (§§ 1066 Abs. III, 1089 und 1085).

b) Bei der Verpfändung des Anteils wird die Vorschrift über das Pfandrecht an einem Miteigentümeranteil analog anzuwenden sein [2]), (§§ 1258 und 1273 II; auch bei der Auseinandersetzung ist es besser den § 1258 als den § 1276 anzuwenden). Danach übt der Pfandgläubiger die Rechte des Miterben in Ansehung der Verwaltung des Nachlasses aus, und die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von beiden gemeinschaftlich verlangt werden. Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann der Pfandgläubiger selbständig die Auseinandersetzung verlangen, (wird sich aber hüten, das zu tun, weil der Verkauf des Anteils am ungeteilten Nachlass bequemer ist), nur ist er dabei durch eventuelle Anordnungen des Erblassers (§§ 2044—48) beschränkt. — Obwohl der Anteil des Erben keine Forderung ist, gehören zu ihm auch Forderungsrechte, namentlich gegen die Miterben; solange

[1]) Sofern nicht aus § 1089 folgt, dass §§ 1086 f. nur auf die Nachlassgläubiger anwendbar sind, was eher anzunehmen ist.

[2]) So auch Planck, 3 A., § 2033, Bem. d; a. A. Binder, III, 304, und Hamburger in Gruchots Beiträgen, B. 48, S. 58 ff.

diese von der Verpfändung nichts wissen, ist das Pfandrecht so wenig geschützt, dass die Anwendung des § 1280 hier als angemessen erscheint [1]).

c) Schwierig ist die Frage, ob das Pfandrecht bezw. der Niessbrauch ins Grundbuch einzutragen sind, wenn zum Nachlass auch Grundstücke gehören. Gegenstand des dinglichen Rechts ist nicht das Grundstück oder der Anteil an ihm (welcher nach unserer Auffassung vor der Auseinandersetzung garnicht besteht), sondern das Recht am Nachlass als einer universitas juris. Die Eintragung des Pfandrechts oder Niessbrauchs am ganzen Nachlassgrundstück oder seinem Bruchteil würde daher der wirklichen Rechtslage nicht entsprechen [2]). Andererseits ist nicht zu verkennen, dass ohne die Eintragung der Pfandgläubiger oder Niessbraucher gefährdet ist, weil die Erben gemeinschaftlich das Grundstück einem gutgläubigen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (ev. auch des Erbscheins) geschützten Dritten veräussern können. Doch ist die Ausdehnung der grundbuchrechtlichen Vorschriften auf neue Eintragungen wegen des im Grundbuchrecht herrschenden Formalismus sehr bedenklich. Entscheidet man sich dazu, so ist das Pfandrecht jedenfalls nicht in die dritte Abteilung des Grundbuchblattes (Hypotheken usw.), sondern in die zweite (Beschränkungen) einzutragen, weil durch die Bestellung des Niessbrauchs bezw. des Pfandrechts nicht der Niessbrauch oder die Hypothek

[1]) So auch Scherer im B. II, S. 697 und Bd. III, S. 218 gegen Grohmann im Bd. III, S. 821 des „Centralblatts für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat," herausgegeben von Lobe.

[2]) Das ganze Grundstück ist sicher nicht belastet; ein Bruchteil des Grundstücks könnte nur als Anteil eines Miteigentümers belastet werden — § 1114. Bei der Auseinandersetzung kann das ganze Grundstück anderen Miterben zugeteilt werden, auch dann ist von einer Hypothek am Grundstück keine Rede; die Eintragung einer Hypothek ist also unmöglich, andere Pfandrechte an Grundstücken sind dem BGB. fremd.

am Grundstück, sondern eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Miterben (also Aenderung des nach § 48 GBO. anzugebenden Rechtsverhältnisses) bewirkt wird. Dadurch wird der Gläubiger bezw. der Niessbraucher vollkommen geschützt [1]).

§ 16. Rückblick.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist: die Erbberechtigung besteht nicht nur aus dem Recht am Nachlass, sondern auch aus dem Recht Erbe zu sein. Dieses Erbrecht im eng. Sinn ist Grundlage des Rechts am Nachlass, welches sich aus ihm neben anderen Rechten (z. B. § 2194) ergibt. Das Recht Erbe zu sein ist höchst persönlich, weder vererblich, noch übertragbar. Deshalb sind der Erbeserbe und der Erwerber des Anteils nach § 2033 keine Erben; ihre Rechtsstellung unterscheidet sich von derjenigen des wahren Erben (Allein- oder Miterbe, Nacherbe) durch die Mittelbarkeit der Rechtsnachfolge. Während der Erbe unmittelbarer Successor des Erblassers ist, leiten sie ihr Recht am Nachlass von einer Mittelsperson, nämlich vom Erben, ab.

Der veräussernde Miterbe bleibt also im Falle des § 2033 BGB. Erbe, der Erwerber des Anteils ist kein Erbe, hat bloss das Recht am Nachlass. Das hat vor allem folgende praktische Konsequenzen:

1) Das Recht die Annahme der Erbschaft anzufechten steht dem Veräusserer zu. Mit seiner Ausübung verliert der Erwerber seine Rechte am Nachlass.

2) Ist das Recht des Erben auflösend bedingt, so verliert beim Eintritt der Bedingung der Erwerber des

---

[1]) Gegen die Eintragung ins Grundbuch Conrades in der „Deutschen Juristenzeitung", 1903, S. 310 f., Mothes in Lobes Centralblatt II, 866. Für dieselbe (als Hypothek ?) Hamburger a. a. O. und Planck-Strohal zu § 2033. Zweifelnd Scherer, a. a. O. (B. III. S. 218).

Anteils das Recht am Nachlass. Soll die Bedingung in der Person des Erben eintreten, so ist dabei die Person des Veräusserers massgebend (z. B. Heirat, Wahl eines bestimmten Berufes usw.).

3) Bei Erbunwürdigkeit des Veräusserers (auch der nachträglich eingetretenen [§ 2339 Ziff. 4]) verliert der Erwerber sein Recht am Nachlass.

4) Erhöht sich der Erbteil des Veräusserers durch Wegfall eines Miterben etc., so gehört der neue Anteil ihm, als dem wahren Erben; selbst wenn dieser Anteil für den Fall der Erhöhung schon mitverkauft war, bedarf es einer besonderen Uebertragung nach § 2033.

5) Gegenstände, die bereits vor der Anteilsübertragung zwischen den Miterben geteilt wurden, müssen nach § 2374 übertragen werden (z. B. ein dem Veräusserer zugeteiltes Grundstück muss aufgelassen werden).

6) Das Recht des § 2194 geht auf den Erwerber nicht über.

7) Es bedarf keiner Berichtigung des Erbscheins. War er noch nicht ausgestellt, so kann der Erwerber dessen Ausstellung, aber nur auf den Namen des veräussernden Miterben verlangen.

Ich, David Jwensky, israelitischer Religion, bin geboren am 23. März (4. IV.) 1886 zu Kowna (Russland) als Sohn des Rechtsanwalts Chonon-Bogdan Jwensky und seiner Frau Dorothea, geb. Schick. Vom Herbst 1895 bis 1904 besuchte ich das klassische Gymnasium in Kowna. Nach bestandenem Abiturientenexamen war ich 4 Semester an der Universität zu St. Petersburg, wo ich Jura studierte. Seit W.-S. 1906 studiere ich an der hiesigen Universität Jura und Cameralia.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Alfred Schultze, der die Anregung zu dieser Arbeit gab und sie jederzeit bereitwilligst mit seinem Rat unterstützte, sei auch an dieser Stelle mein herzlichster Dank ausgesprochen.